TYDSKRIFTE
MERENSKY-BIBLIOTEEK
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA
29-01-1982
Klasnommer 340
Registernommer

AKADEMIESE INLIGTINGSDIENS
TYDSKRIFTE
UNIVERSITEIT VAN PRETORIA
1996-01-20
VAKKODE 340

Digitized by the Internet Archive
in 2017 with funding from
University of Pretoria, Library Services

https://archive.org/details/tydskrifvirheden38joub

340

TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE ROMEINS - HOLLANDSE REG

JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

1975

WERKSBIBLIOTEEK
FAKULTEIT REGSGELEERDHEID
1975
DATUM

SUID-AFRIKA: BUTTERWORTH EN KIE (SA) (EDMS) BPK
DURBAN: Galestraat 152–154

ENGELAND: BUTTERWORTH & CO (PUBLISHERS) LTD
LONDON) 88 Kingsway, WC2B 6AB

AUSTRALIË: BUTTERWORTHS PTY LTD
SYDNEY: Chatswood, NSW, 586 Pacific Highway
MELBOURNE: 343 Little Collins Street
BRISBANE: 240 Queen Street

KANADA: BUTTERWORTH & CO (CANADA) LTD
TORONTO: 14 Curity Avenue, 374

NIEU-SEELAND: BUTTERWORTH OF NEW ZEALAND LTD
WELLINGTON: 26–28 Waring Taylor Street

TYDSKRIF VIR HEDENDAAGSE ROMEINS - HOLLANDSE REG

JOURNAL OF CONTEMPORARY ROMAN-DUTCH LAW

KWARTAALBLAD VIR DIE REGSPRAKTISYN EN DIE REGSTUDENT IN SUID-AFRIKA

REDAKTEUR WA JOUBERT

REDAKSIEKOMITEE

PROF B BEINART, BIRMINGHAM

PROF AC CILLIERS, PORT ELIZABETH

PROF DR WOUTER DE VOS, KAAPSTAD

PROF DR JC DE WET, STELLENBOSCH

PROF DR R FEENSTRA, LEIDEN

ADV JC FERREIRA, PRETORIA

SY EDELE DR CP JOUBERT SC, PRETORIA

PROF DR DJ JOUBERT, PRETORIA

PROF DR WA JOUBERT, PRETORIA (*VOORSITTER*)

DR DF MOSTERT, SASOLBURG

PROF DR B RANCHOD, DURBAN

PROF K SCHWIETERING, STELLENBOSCH

PROF DR SA STRAUSS, PRETORIA

PROF DR JD VAN DER VYVER, POTCHEFSTROOM

PROF JC VAN DER WALT, JOHANNESBURG

ADV DR HJO VAN HEERDEN SC, BLOEMFONTEIN

PROF JNR VAN RHYN, BLOEMFONTEIN

PROF DR P VAN WARMELO, PRETORIA

PROF R VERLOREN VAN THEMAAT, PIETERSBURG

AGT-EN-DERTIGSTE JAARGANG 1975

DURBAN
BUTTERWORTH & CO (SOUTH AFRICA) LTD
1975

Register

Opgestel deur

Susan Scott

A ARTIKELS — BLADSY

BARRIE, GN: International Enforcement of Conventions on Fisheries 140
BEKKER, PM: Die Aksie op grond van Troubreuk 52
BOOYSEN, H: Is Gewoonteregtelike Volkereg Deel van ons reg? 315
BOTHA, DA: Verwytbare Regsonkunde en die Skuldsoort *Culpa* 41
COWEN, DV: Blockshareholding or Sectional Title? 93
ERASMUS, HJ: Aspects of the History of the South African Law of Damages . . 104, 268, 362
LOUW, JW: Estoppel en die *Rei Vindicatio* 218
MATHEWS, AS: Disclose and be Damned – The Law Relating to Official Secrets 348
NEETHLING, J: Outeursreg en Persoonlikheidsregte: 'n Teoretiese Analise met Verwysing na Outeursregbevoegdhede in die Suid-Afrikaanse Reg 333
PUGSLEY, DAVID: *Justa Causa* and *Traditio* 323
RAMSDEN, WA: Some Historical Aspects of Supervening Impossibility of Performance of Contract 153, 284, 370
SMIT, PC: Enkele Opmerkings Aangaande Eksperimentering op Menslike Wesens deur Medici 254
SMITH, CATHERINE: Insolvency of the Hire-Purchase Seller 24
SNYMAN, CR: Die Begrip "Toe-eiening" in die Omskrywing van Diefstal 29
VAN DER VYVER, JD: Hedendaagse Calvinistiese en Roomskatolieke Natuurregsteorieë . 66, 119
VAN WARMELO, P: Regsdwaling 207
VAN WYK, DH: Owerheidsinstelling vir Nie-blankes in die Suid-Afrikaanse Staatsreg . . 1
VENTER, F: Bantoeburgerskap en Tuislandburgerskap 239

B AANTEKENINGE

BEKKER, JC: Is Emancipation of Bantu Women in Natal Still Necessary? 394
BEKKER, PM: Bedoel die Beskuldigde om Skuldig of Onskuldig te Pleit 292
BOOYSEN, H: Admiralty Jurisdiction 387
BOTHA, DH: No-fault Motor Vehicle Accident Insurance 162
KLOPPER, CF: Die Afneem van Bekentenisse deur Landdroste 296
KLOPPER, CF: Onwettige Diamantverkope 170
KLOPPER, CF: Pornografie en *Mens Rea* 173
OOSTHUIZEN, MJ: Die Uitbring van Volmagstemme by die Neem van Spesiale Besluite . . 160
VAN WYK, AJ: Die Bewys van *Boni Mores* 383

C VONNISSE

Alltransport Inc v Seabird World Airlines 347 NYS 2d 277 deur GN Barrie 77
Burnett v Trans World Airlines Inc 368 F Supp 1152 (US District Court, D New Mexico Dec 13 1973) deur GN Barrie 76
Charles Coles Diggs et al v George P Schultz, Secretary of Treasury et al (1972) 470 F 2d 461 deur GN Barrie 181
Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v Iceland) Merits, Judgment, 1974 ICJ Rep 3 deur GN Barrie 77
National Board (Pretoria) (Pty) Ltd v Swanepoel 1975 1 SA 904 (W) deur JG Lotz . . 176
Nuclear Test Case (Australia v France) Judgment of 20 December 1974, 1974 ICJ Reports 253 deur PD Oelofsen 307
Quadrangle Investments Holdings (Pty) Ltd v Witind Holdings Ltd 1975 1 SA 572 (A) deur MJ Oosthuizen 303
S v Bodibana 1975 3 SA 71 (T) deur JS Boonzaaier 404
S v Moagaesi 1974 1 SA 137 (NK) en S v Quma 1974 3 SA 722 (OK) deur F Venter . . 179
S v Ntuli 1975 1 SA 429 (A) deur Kobus van Rooyen 406
S v Pledger 1975 2 SA 244 (OK) deur CH Badenhorst 399
S v Pretorius 1975 2 SA 85 (SWA) deur J Neethling 301
Welgemoed v Sauer 1974 4 SA 1 (A) deur DJ Joubert 177
Wood v Ondangwa Tribal Authority 1975 2 SA 294 (A) deur H Booysen 309

D BOEKE

BAMFORD, BR: The Law of Shipping and Carriage in South Africa deur H Booysen . . . 185
CERUTTI, FFX: Middeleeuwse Rechtsbronnen van Stad en Heerlijkheid Breda Deel II: Rechtsbronnen 1405 tot 1477 deur WJ Hosten 91
CROSS, RUPERT: An Attempt to Update the Law of Evidence deur CWHS 204
FEENSTRA, ROBERT: Fata Iuris Romani deur P van Warmelo 204
GIBSON, JTR en COMRIE, RG: South African Mercantile and Company Law deur LTC Harms 206
GILISSEN, JOHN: Le Pluralisme Juridique deur WJ Hosten 90
OLIVIER, PJJ: Die Suid-Afrikaanse Persone- en Familiereg deur AH Barnard 412
PAUW, WILHELMI: Observationes Tumultuariae Novae deur P van Warmelo 198
SMITH, CATHERINE: The Law of Insolvency deur Robert P Pace 183
SPRUIT, JE: Coniectanea Neerlandica Iuris Romani, Inleidende Opstellen over Romeins Recht deur HJ Erasmus 86
STEYN, LC en VAN TONDER, SIE: Die Uitleg van Wette deur JC de Wet 86
Suid-Afrikaanse Instituut van Patentregte deur HJ Erasmus 419
VAN DEN BRINK, HERMAN: The Charm of Legal History deur P van Warmelo 201
Van Dunné, JM: Riskante Rechtsvinding deur P van Warmelo 82
VAN JAARSVELD, SR: Die Leerstuk van Ratifikasie in die Suid-Afrikaanse Verteenwoordigingsreg deur HJ Erasmus 189
VISAGIE, GG: Die Leenreg in Holland deur DH van Zyl 187
WIECHERS, M: Administratiefreg deur GN Barrie 409
WUBBE, FBJ: M Kaser: Romeins Privaatrecht deur WJ Hosten 89
ZONDERLAND, P: Methode van het Privaatrecht deur JD van der Vyver 313

E KRONIEK

Butterworth-prys 75

F BEGRIPPE

administratiefreg
locus standi
stamowerhede . . . . . 309 e v

admiralty law
jurisdiction . . . . . 387 e v

bewysreg
bekentenis . . . . . 404 e v
boni mores . . . . . 383 e v

burgerskap
Bantoe . . . . . 239 e v
tuisland . . . . . 239 e v
Suid-Afrikaanse vir . . . . . 250 e v

kontraktereg
opsie 176
performance
supervening impossibility . . . 153 e v
fault . . . . . 284 e v
objectively . . . . . 370 e v
verteenwoordiging
ratifikasie . . . . . 189 e v
voorwaarde 170
ex turpi causa . . . . . 171 e v

damages
law of . . . . . 104 e v, 268 e v, 362 e v
Glossators . . . . . 111 e v
Pandectists . . . . . 111 e v
Pothier . . . . . 362 e v
Roman-Dutch law . . . 268 e v, 364 e v
terminology . . . . . 268 e v
Roman law . . . . . 105 e v
damnum emergens 108
id quod interest . . . . . 105 e v
lucrum cessans 108

Estoppel
aard . . . . . 219 e v
funksie . . . . . 219 e v
rei vindicatio . . . . . 218 e v

insolvensie
huurkoopverkoper 24

insurance
no-fault 162
meaning of 163
system based on fault
shortcomings 166

maatskappyereg
ultra vires . . . . . 303 e v
volmagstemme . . . . . 160 e v
spesiale besluite . . . . . 160 e v

medici
eksperimentering . . . . . 254 e v
deliktereg . . . . . 263 e v
riglyne vir . . . . . 266 e v
strafreg . . . . . 258 e v

natuurreg
Calvinisme . . . . . 66 e v
Rooms-Katolisisme . . . . . 66 e v
Analogia entis en partisipasie . . . 66 e v
ekklesiosentrisme . . . . . 68 e v
natuur en genade . . . . . 67 e v
teorieë
Dooyeweerd . . . . . 126 e v
Francois Geny 73
Hommes . . . . . 126 e v
Jacques Maritain 119
moderne . . . . . 71 e v
Stoker . . . . . 134 e v

outeursreg
persoonlikheidsregte en . . . . . 333 e v
onderskeid . . . . . 334 e v
outeursbevoegdhede . . . . . 340 e v
outeurspersoonlikheidsreg . . . 335 e v
subjektiewe reg . . . . . 335 e v

regsdwaling . . . . . 207 e v
error facti . . . . . 209 e v
iuris . . . . . 209 e v

sectional title
blockshareholding . . . . . 93 e v
structuring 94
old scheme 95
new scheme 96
demerits . . . . . 98 e v
merits . . . . . 101 e v

staatsreg
Bantoe-owerheidsliggame 4
Transkei . . . . . 5 e v
ander tuislande 14
Indiërowerheidsliggame 20
Kleurlingowerheidsliggame 16
struktuur 1
toekoms van 21

strafprosesreg
bekentenisse
afneem deur landdroste . . . . 296 e v
jeugdige oortreders
lyfstraf 399
pleit van beskuldigde . . . . . 292 e v

strafreg
diefstal
contrectatio . . . . . 30 e v
furtum usus . . . . . 35 e v
lucri faciendi gratia . . . . . 30 e v
noodtoestand . . . . . 301 e v
noodweer
wederegtelikheidsbewussyn . . 406 e v
official secrets
law relating to . . . . . 348 e v
espionage . . . . . 350 e v
mens rea . . . . . 353 e v
policy . . . . . 358 e v
security matter . . . . . 357 e v
pornografie
mens rea 173
veediefstal 179
verwytbare regsonkunde . . . . . 41 e v

traditio
justa causa . . . . . 323 e v

troubreuk
Engeland 52
Suid-Afrika . . . . . 52 e v
skadevergoeding . . . . . 61 e v

verkoop van grond
grootte 177

volkereg
Fisheries Conventions . . . . . 140 e v
bilateral arrangements 148
control systems 144
area controlled 143

conventional 142
effective enforcement 148
international enforcement 147
Third Law of the Sea Conference . . 149
gewoonteregtelike . . . . . 315 e v
comity . . . . . 319 e v
verdrae . . . . . 316 e v
treaties
power of Congress to denounce . . 181
Warschau . . . . . 76 e v

women
emancipation of Bantu 394
necessity for 397

G WETGEWING

Duitsland
BGB
932 228

Engeland
Colonial Courts Admiralty Act 1890
Artikel 2(1) . . . . . 387 e v

Law Reform Act 1970
Artikel 1 52
2 52

Administration of Justice Act 1956 . . . 393

Frankryk
C C
2279 229

Italië
Cod C
1153–1157. 228

Nederland
B W
2014 228

Suid-Afrika
(*a*) *Republiek*
Prok R 195/1967
Artikel 27(2) . . . . . 394 e v
28(1) . . . . . 396 e v

Wet 18/1926 244
28/1926
Artikel 72 25
46/1926 304
38/1927
11(3) . . . . . 397 e v
25(1) 9
40/1927 244
24/1936
84 24
17/1946 76
47/1948 20
44/1949 244
30/1950
5(2) 16
57/1951 392
68/1951 . . . . . 3 e v
56/1955
Artikel 169(2) 292
258 . . . . . 292 e v
284 . . . . . 293 e v
345(1) . . . . . 399 e v
16/1956 348
2 . . . . . 350 e v
3 . . . . . 350 e v
54/1956
63(8) 207
88(8) 207
46/1959 4
32/1961 387
49/1964 . . . . . 6 e v
63/1965
1(1)(xxxii) 340
3(4) 341
43(4) 344
(6) 345
44(3) 342
(4) 334
3/1968 391
31/1968 20
26/1970 15
21/1971 . . . . . 3 e v
41/1971
2(a) 399
4 A(1) . . . . . 404 e v
66/1971 93
23 103
72/1971
14(1) 26
14(2) 27
5/1972 393
23/1972
2 398
56/1972 162
67/1972 20
61/1973 . . . . . 160 e v, 304
2/1975
3 384

(*b*) *Transkei*
Wet 48/1963 . . . . . 5, 245 e v

BLADSY

H TEKSTE

Gaius
Inst 3 90 330

Holl Cons
1 66 379

Justinianus
C 4 30 13 372
7 47 . . . . . 110, 111, 117, 118, 270
D 9 2 33*pr* 114
10 2 36 211
12 1 18 . . . . . 323 e v
4 3 156
8 373
16 157
14 6 3 211
19 1 13*pr* 116
1,2 109
21 3 . . . . . 110 e v
43 . . . . . 109 e v
22 6 2 8 211
7 . . . . . 209 e v
9 212
35 2 63*pr* 114
41 1 36 . . . . . 323 e v
3 33 1 326
44 7 55 325
46 5 11 271

Voet
Com ad Pand
45 1 9 363

HEER PRINTING CO (PTY) LTD
"Young Ideas in an old Craft"
PRETORIA

Owerheidsinstellings vir Nieblankes in die Suid-Afrikaanse Staatsreg

D H van Wyk

Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

Definite constitutional developments are taking place in the Republic of South Africa. The traditional constitutional character of the country is that of a unitary state. A new dimension to the traditional constitutional pattern, however, is given by the creation and development of constitutional institutions for the Non-white sections of the South African population.

Presently the Bantu have the more advanced of these institutions. The Transkeian legislative assembly and cabinet have reached an advanced stage of constitutional development just falling short of independence. The same applies to some of the other self-governing Bantu territories, created in terms of the Bantu Homelands Constitution Act 21 of 1971.

As far as the Coloured community is concerned, the Coloured representative council provides for some degree of representative government, although it is still a far cry from the institutions created for the Bantu. The same applies to the Indian population, with the further reservation that their institutions have even less powers than those for the Coloureds.

As far as the future is concerned, a number of alternatives are open for all these bodies. The main options, however, fall between independence, constitutional assimilation in various forms or, less likely, maintenance of the *status quo*.

DIE HUIDIGE STAATSREGTELIKE STRUKTUUR IN SUID-AFRIKA

Geleidelike maar besliste staatsregtelike ontwikkelinge is besig om in die Republiek van Suid-Afrika plaaste vind. Die doel van hierdie artikel is om op sommige daarvan te wys, veral sover dit die Nieblanke gedeelte van die Suid-Afrikaanse bevolking betref.

Tradisioneel word die Republiek van Suid-Afrika beskou as 'n eenheidstaat wat bestaan uit vier provinsies – Transvaal, die Oranje-Vrystaat, Natal en Kaap die Goeie Hoop. 'n Parlement verteenwoordigend van die Blanke kiesers vorm die hoogste wetgewende gesag van die Republiek. Elk van die vier provinsies het egter ook 'n wetgewende liggaam, die provinsiale raad, wat soos,[1] maar ondergeskik aan, die parlement wette kan maak vir die

---

[1]Die sg "oorspronklike" wetgewende bevoegdhede. Vgl in dié verband die twee toonaangewende sake *Middelburg Municipality v Gertzen* 1914 AD 544 en *Bloemfontein Municipality v Bosrand Quarries Ltd* 1930 AD 370. Vir 'n betekenisvolle bespreking van die uitdrukking "oorspronklike wetgewende bevoegdhede" verdien die ongepubliseerde proefskrif van GC Kachelhoffer *Die Betekenis van Ondergeskikte Wetgewing vir die Administratiefreg in Suid-Afrika* Universiteit van Suid-Afrika Pretoria 1972 116 ev en 156 ev vermelding.

provinsie.[2] Soos in die geval van die parlement, verteenwoordig die provinsiale rade slegs Blanke kiesers.

Die uitvoerende gesag van die Republiek berus by die staatspresident, handelend op advies van die uitvoerende raad.[3] In die provinsies is uitvoerende komitees met hierdie opdrag belas. In albei gevalle word die lede van die uitvoerende liggame as gevolg van gevestigde gebruik uit die geledere van die verteenwoordigers in die onderskeie wetgewende liggame benoem of verkies.

Die hoogste en vernaamste wetgewende en uitvoerende bevoegdhede in die Republiek lê tans klaarblyklik nog in die hande van die Blanke deel van die bevolking. Die bevolking van die Republiek bestaan egter nie uitsluitlik uit Blankes nie; trouens, die Blankes vorm 'n minderheidsgedeelte van die totale bevolking van die Republiek. Dat die ander bevolkingsgroepe[4] ook aansprake het op deelname aan die staatsregtelike[5] bestuur in Suid-Afrika is lank reeds ingesien of ten minste aangevoel, maar as gevolg van skerp verskille van mening onderveral die Blankes self, politieke en regeringsveranderings en moontlik ook wanbegrip van die staatsregtelike behoeftes van die ander bevolkingsgroepe, is 'n duidelik waarneembare patroon in die verwesenliking van hierdie behoeftes slegs van onlangse ontwikkeling – so onlangs inderdaad dat veral wat die Kleurling- en Indiërbevolkingsgroepe betref, van 'n patroon nog skaars gepraat kan word.

Die geskiedenis van die deelname van die Nieblanke groepe aan die staatsregtelike bestuur van die Republiek hoef nie hier bespreek te word nie.[6] Daar kan volstaan word met die bewering dat sedert Uniewording in 1910 (toe daar in Transvaal en die Oranje-Vrystaat geen voorsiening was vir enige verteenwoordiging van Nieblankes nie, in Natal 'n paar Indiërs wat reeds stemreg gehad het dit kon behou en in die Kaapprovinsie "gekwalifiseerde" Kleurlinge en Bantoes wel kon stem) tot in die vyftiger- en sestigerjare van hierdie eeu die werklikheid van Nieblanke deelname aan

---

[2]Vgl a 85 en 86 van die Grondwet van die Republiek van SA 32 van 1961.

[3]a 16(1) van die Grondwet.

[4]Ingevolge die Bevolkingsregistrasiewet 30 van 1950 word die bevolking van die Republiek in Blankes, Gekleurdes en Bantoes ingedeel, met 'n reeks onderverdelings in die geval van Gekleurdes – vgl proklamasie 123 van 1967.

[5]Die term *staatsreg* of *staatsregtelik* word vir die doeleindes van die artikel gebruik in die sin waarin M Wiechers dit gebruik in *Die Sistematiek van die Administratiefreg*, ongepubliseerde proefskrif, Universiteit van Pretoria 1964 141: " . . . staatsreg [is] die publieke regsreëls wat die verhouding behels tussen uitvoerende gesag en wetgewer, uitvoerende gesag en buitelandse state en owerhede, asook die werking en organisasie van die hoogste wetgewer in die staat, die parlement." Mi kan met reg ook ondergeskikte "oorspronklike" wetgewers soos provinsiale rade en wetgewende vergaderings van tuislande onder die definisie betrek word. Vgl Wiechers se bevestiging hiervan in sy *Administratiefreg*, Butterworths 1973 7–9.

[6]Vgl F Venter 35 *THRHR* (1972) 332; JP verLoren van Themaat 23 *THRHR* (1960) 154 229; 24 *THRHR* (1961) 1 85; HJ May *The South African Constitution* 2e uitg, Juta Kaapstad 1949 301 ev; JP verLoren van Themaat en M Wiechers *Staatsreg* 2e uitg Butterworths Durban 1967 446 ev.

selfs die bestuur van hul eie sake 'n delikate seepbel was wat dikwels die rol van politieke speelbal moes vervul – gewoonlik met sure gevolge.[7]

Sedert 1951 met die wet op Bantoe-owerhede 68 van 1951 is daar egter gepoog om op 'n Bantoetradisie-gefundeerde wyse aan die Bantoebevolking van die Republiek 'n nuwe koers te wys met betrekking tot hul staatsregtelike bestemming binne die Republiek. Hierdie wet, waardeur die Bantoebevolking in die Republiek op stam-, streeks- en gebiedsgrondslag verteenwoordigende bestuurstelsels gekry het, het twintig jaar later uitgeloop op die Grondwet van die Bantoetuislande 21 van 1971 waardeur, soos in die Transkei,[8] 'n merkwaardige mylpaal in die staatsregtelike ontwikkeling van die Bantoe bereik is. Tans is daar binne die Republiek 'n aantal selfregerende Bantoetuislande (met wye wetgewende en uitvoerende bevoegdhede) wat staatsregtelik die vier provinsies oorskadu, en maklik as die skepping van 'n federale eienskap binne die Suid-Afrikaanse konstitusionele opset beskou sou kon word, was dit nie vir die soewereine Suid-Afrikaanse parlement nie wat teoreties te eniger tyd die status van dié gebiede kan verander.[9]

Die Kleurlinge en Indiërs van die Republiek – veral die Indiërs – moes heelwat langer wag voordat daar instellings geskep is waardeur hulle (ten minste) kon hoop om eenmaal volle burgerskapsregte te kan uitleef. In 1964 is 'n verteenwoordigende Kleurlingraad in die lewe geroep waardeur die Kleurlingbevolking van die hele Republiek verteenwoordiging in 'n hoër bestuursliggaam gekry het. 1968 sien die totstandkoming van 'n Suid-Afrikaanse Indiërraad, wat egter eers in 1972 die moontlikheid van direkte verteenwoordiging van die Indiërbevolking van die Republiek realiseer. Albei hierdie rade het egter slegs beperkte bevoegdhede – die verteenwoordigende Kleurlingraad kan "oorspronklike" wetgewing aanneem oor 'n beperkte aantal onderwerpe en verder die regering van die Republiek adviseer ten opsigte van aangeleenthede wat die Kleurlingbevolking raak, terwyl die Indiërraad tot op hede slegs adviserende bevoegdhede het.

As 'n geheel gesien vertoon die Republiek gevolglik 'n gedesentraliseerde staatsregtelike struktuur wat 'n hoogste wetgewer, die parlement, behels en 'n reeks ondergeskikte "oorspronklike" wetgewende liggame – met die uitsondering van die Indiërraad – wat wissel van hoogsbevoegde organe (soos die wetgewende vergaderings van die selfregerende Bantoetuislande) tot organe wat niks anders as departementele liggame is nie.

Met die oog op 'n vollediger beeld van die plek wat die Nieblanke staatsregtelike instellings in die Suid-Afrikaanse staatsregtelike struktuur inneem, is veral 'n ondersoek na die aard, samestelling en magte van hierdie liggame wenslik.

---

[7]Vgl bv die konstitusionele krisis van die vyftigerjare, die "Naturelle Verteenwoordigende Raad" se droewe geskiedenis, en selfs die onmin op die vóór-Unie-nasionale konvensies.

[8]Agv veral historiese omstandighede het die ontwikkeling in die Transkei enigsins anders verloop as in die ander Bantoegebiede.

[9]Die meeste skrywers oor die Suid-Afrikaanse staatsreg bespreek op die een of ander stadium die vraag of die *provinsiale stelsel* federale eienskappe in die grondwet van die Republiek daarstel. As dié vraag tov die Bantoetuislande ontkennend beantwoord moet word, soveel te meer mbt die provinsies.

DIE PLEK VAN NIEBLANKE-OWERHEIDSLIGGAME IN DIE STAATSREGTELIKE STRUKTUUR - HUL AARD, SAMESTELLING EN MAGTE[10]

Aangesien daar enersyds 'n duidelike verskil is in die stadiums van ontwikkeling van die konstitusionele instellings vir die onderskeie Nieblanke bevolkingsgroepe, maar dit andersyds ook beleid is van die regering onder wie se bewind hierdie ontwikkeling plaasvind om afsonderlike bestuursinstellings vir die onderskeie bevolkingsgroepe in te stel, sal die beste beeld van die plek wat elke liggaam beklee, verkry word deur die instellings van elke Nieblanke bevolkingsgroep afsonderlik te bespreek. Die Bantoe, wat die langste ondervinding in selfregering benewens die Blanke het, is 'n natuurlike eersteling om bespreek te word. Daarna word die Kleurlinge en Indiërs agtereenvolgens in oënskou geneem.

Die plek van die Bantoe-owerheidsliggame[11] in dié struktuur

Na die algehele mislukking van die Naturelle-verteenwoordigende raad, waarmee probeer is om vir al die Bantoes in die Republiek (destyds Unie) 'n verteenwoordigende liggaam daar te stel wat hoofsaaklik met adviserende en beraadslagende bevoegdhede beklee was, staan die Wet op Bantoe-owerhede 68 van 1951 in die teken van 'n nuwe rigting. Ofskoon daar met dié wet nog nie uitdruklik sprake was van 'n amptelike erkenning van die Bantoebevolking of verdeling daarvan in afsonderlike volke nie, skep die wet wel 'n basis waarop 'n stelsel van verteenwoordigende bestuur gebou kon word waarin voorsiening gemaak is vir die Bantoereg en -gebruike wat in 'n bepaalde omgewing heers. Die goewerneur-generaal (nou die staatspresident) kan naamlik vir enige Bantoestam 'n stamowerheid (of 'n gemeenskapsowerheid) instel met bepaalde maar baie beperkte wetgewende bevoegdheid. Vir twee of meer stam- of gemeenskapsowerhede kan 'n streeksowerheid ingestel word met groter bevoegdhede, en vir twee of meer streeksowerhede 'n gebiedsowerheid.[12]

Afgesien van groter bevoegdhede wat dit aan gebiedsowerhede oorgedra het, het die Wet op die Bevordering van Bantoeselfbestuur 46 van 1959 in twee belangrike opsigte verdere ontwikkeling gebring in Bantoeselfbestuur, naamlik die amptelike erkenning van die Bantoebevolking van die

---

[10]Vir 'n indringende bespreking van die plek wat die wetgewende owerheidsorgane van die Nieblankes in die tradisionele Suid-Afrikaanse staatsregtelike opset inneem, kan GC Kachelhoffer se reedsvermelde proefskrif, veral hoofstuk 5, met vrug geraadpleeg word.

[11]Die owerheidsliggame waarin Bantoes direk of indirek verteenwoordig is en wat spesifiek op die Bantoe in die sg stedelike gebiede van toepassing is, word nie hier bespreek nie omdat sulke liggame weens hul aard en funksies meer van plaaslike aard is. Vir 'n breedvoerige ondersoek na die geskiedenis en verloop van sake wat aanleiding gegee het tot die ontwikkeling van Bantoe-owerheidsinstellings in die Republiek, asook die lotgevalle van sulke instellings, kan die reedsaangehaalde artikels van Venter en ver-Loren van Themaat geraadpleeg word.

[12]Soos reeds genoem het die ontwikkeling in die Transkei anders verloop en het Wet 68 van 1951 aanvanklik nie daar gegeld nie – die bepalings daarvan is eers in 1956 op die Transkei van toepassing gemaak – vgl prok 180 van 1956.

Republiek as bestaande uit agt volkseenhede,[13] en die instelling van die kommissaris-generaal-ampte vir die verskillende volkseenhede.[14] Die doel van hierdie wet word dan ook duidelik aangedui deur sy langtitel, nl

> "om voorsiening te maak vir geleidelike ontwikkeling van selfbesturende Bantoevolkseenhede en vir regstreekse oorlegpleging tussen die Unieregering en bedoelde volkseenhede in verband met aangeleenthede wat die belange van daardie volkseenhede raak."

Vier jaar na die Wet op die Bevordering van Bantoeselfbestuur verskyn die Transkeise Grondwet 48 van 1963 op die wetboek. Deur hierdie wet het die Transkei die eerste selfregerende[15] Bantoegebied binne die Republiek geword, maw 'n gebied met 'n wetgewende vergadering en 'n uitvoerende liggaam (en selfs 'n hoërhof!) wat oor wye bevoegdhede beskik en op enkele aangeleenthede na aan die gebied die staatsregtelike voorkoms van 'n onafhanklike staat verleen.

Die staatsregtelike instellings van die Transkei[16]

'n Studie van die Transkeise grondwet laat spoedig blyk dat die bedoeling daarmee was om 'n "modelstaat" (kort duskant volkome staatkundige onafhanklikheid) te skep, geskoei op die lees van die Suid-Afrikaanse parlementêre stelsel, maar met 'n aanpassing in die stelsel van verteenwoordiging ten einde voorsiening te maak vir Khosareg en -gebruike.[17]

Die *wetgewende vergadering* bestaan uit 'n aantal hoofkapteins en kapteins (in totaal mag hulle nie meer as vyf-en-sestig wees nie) wat ampshalwe in die vergadering dien, en vyf-en-veertig lede wat verkies word deur die geregistreerde kiesers van die Transkei.[18] Vir die doeleindes van dié verkiesing word die Transkei in ses-en-twintig kiesafdelings verdeel. Vir elke kiesafdeling moet daar ten minste een lid verkies word. Na gelang van die konsentrasie van kiesers per kiesafdeling word bepaal of daar meer as een kandidaat per kiesafdeling verkies moet word.[19] In hierdie opsig wyk die Transkeise stelsel af van die Suid-Afrikaanse praktyk en reg waarin daar slegs een lid per kiesafdeling verkies mag word.

---

[13]nl Noord-Sotho's, Suid-Sotho's, Tsonga's, Swazi's, Tswana's, Venda's, Xhosa's en Zoeloes: hierdie getal is egter nie geslote nie, soos die erkenning van die Suid-Ndebeles (in 1972) as volkseenheid aandui.

[14]Die kommissaris-generaal verteenwoordig die regering van die Republiek by 'n bepaalde volk, en het hoofsaaklik adviserende en raadplegende bevoegdhede.

[15]Soos later aangetoon word het die term "selfregerend" 'n spesifieke betekenis verwerf mbt die Bantoetuislande.

[16]Die bespreking onder hierdie hoof sal uitgebreid en sover moontlik volledig wees. Die Transkei het sy naaste selfregerende Bantoetuislandeopvolger met ongeveer agt jaar vooruitgegaan en dit was net logies dat tov die ander tuislande uit die ondervinding met die Transkei geput sou word. Inderdaad is die bepalings van die latere grondwet van die Bantoetuislande in vele opsigte ooreenstemmend met die van die Transkeise grondwet, en geld veel van wat oor die Transkei gesê word ook die ander tuislande.

[17]Sien bv hfstk VI van die wet wat voorsiening maak vir kapteinskap en ondergeskikte administratiewe liggame.

[18]Die kwalifikasies van kiesers word bepaal in a 27 en 28.

[19]a 26.

Slegs burgers van die Transkei, ouer as een-en-twintig jaar en geregistreer as kiesers, is bevoeg om lede van die Transkeise wetgewende vergadering te word.[20]

Elke wetgewende vergadering duur vyf jaar vanaf sy eerste sitting, maar kan te eniger tyd op aanbeveling van die Transkeise kabinet of die wetgewende vergadering deur die staatspresident by proklamasie ontbind word. Daar moet minstens een maal per jaar 'n sitting van die wetgewende vergadering gehou word. Die vergadering word, tensy anders bepaal, in Umtata gehou. Die tye vir die sitting word deur die hoofminister of die voorsitter van die vergadering of bepaalde ander beamptes (indien die hoofminister nie in staat is om op te tree nie, of afwesig is) vasgestel.[21]

Daar heers vryheid van spraak in die vergadering – en

> "[geen] lid van die kabinet of van die vergadering is blootgestel aan enige regsgeding uit hoofde van enige aangeleentheid wat hy by versoekskrif, konsepwetgewing, besluit, voorstel of andersins aan die wetgewende vergadering voorgelê het of in die vergadering of 'n gekose komitee van die vergadering gesê het of uit hoofde van die wyse waarop hy in die vergadering gestem het nie."[22]

Die wetgewende vergadering het wye wetgewende bevoegdhede. Alhoewel dit nie direk uit die Transkeise grondwet blyk nie – in teenstelling met die Wet op die Verteenwoordigende Kleurlingraad 49 van 1964 – is die vergadering beklee met "oorspronklike" wetgewende bevoegdhede, maw die vergadering kan soos die parlement wette maak, om die uitdrukking van die Wet op die Verteenwoordigende Kleurlingraad te leen.

'n Tiental onderwerpe word uitdruklik uitgesluit van die wetgewende bevoegdheid van die wetgewende vergadering, nl militêre aangeleenthede, vervaardiging van wapens, ammunisie en ontplofbare stowwe, die aanstelling, akkreditering en erkenning van diplomatieke en konsulêre beamptes, beheer van die polisiemag van die Republiek in die Transkei, pos-, telegraaf-, radio- en televisiedienste, spoorweë, hawens, nasionale paaie en burgerlike lugvaart, die binnegaan van die Transkei deur ander persone as burgers van die Transkei, valuta, openbare lenings en soortgelyke monetêre aangeleenthede, doeane- en aksynsbelasting en die beheer van doeane en aksyns en ten slotte die wysiging, herroeping of vervanging van die Transkeise grondwet.[23]

Oor 'n groot aantal gespesifiseerde aangeleenthede wat deur die eerste bylae van die wet aan die vergadering oorgedra word, kan die vergadering egter wette maak wat selfs strydig is met wette van die parlement, of wat wette van die parlement oor sodanige onderwerpe wysig of herroep.[24] Die onderwerpe waaroor die vergadering só mag wette maak, is voorts nie 'n geslote getal nie, maar kan deur die staatspresident met die goedkeuring by besluit van beide huise van die parlement uitgebrei word, ofskoon al die

---

[20]As hy 'n belastingbetaler is, hoef 'n burger egter net agtien jaar oud te wees om te kan stem.

[21]a 34.

[22]a 36(4) en (5).

[23]a 39.

[24]a 37(1).

onderwerpe wat nie òf in die wet[25] òf in die bylae genoem is nie, vir die Suid-Afrikaanse parlement voorbehou word.[26] In laaste instansie sal dit dus 'n geval van interpretasie wees om vas te stel of die wetgewende vergadering of die Suid-Afrikaanse parlement die bevoegde orgaan is om oor 'n bepaalde geval te beskik.[27]

Sedert die inwerkingtrede van die Transkeise grondwet sou geen wet van die parlement of provinsiale ordonnansie, gemaak ná die inwerkingtrede van die wet en met betrekking tot 'n onderwerp waaroor die wetgewende vergadering bevoeg is om wette te maak, in die Transkei geld nie.[28] Daarteenoor sou alle wette (insluitend ordonnansies en ander ondergeskikte wetgewing) wat by die inwerkingtrede van die Transkeise grondwet in die Transkei gegeld het, bly geld totdat hulle deur die bevoegde gesag herroep of gewysig is.[29]

Met verwysing na die wetgewende bevoegdheid van die Transkeise wetgewende vergadering, maak professor Kahn[30] die opmerking dat die werklike wetgewende bevoegdhede[31] van die wetgewende vergadering by die inwerkingtrede van die Transkeise grondwet groter was as dié van die provinsies, maar beperkter as dié van die SWA-wetgewende vergadering. Die rede hiervoor sou daarin lê dat waar daar aan die provinsies 'n aantal onderwerpe toegesê is vir wetgewing, terwyl alle ander onderwerpe uitgesluit is van hulle wetgewende bevoegdheid, die SWA-wetgewende vergadering wetgewende bevoegdheid het oor alle onderwerpe, behalwe 'n paar wat uitdruklik uitgesluit is.[32] Of dié stelling van professor Kahn steekhou, hang af van die maatstaf wat aangelê word om wetgewende bevoegdheid mee te toets.

Word 'n formele toets aangewend en gevolglik 'n eenvoudige optel- en aftreksom gemaak, is die stelling geldig. Of so 'n toets van veel juridiese waarde is, is egter te betwyfel. Indien 'n materiële toets daarenteen aangewend word, en daar na die werklike inhoud van die onderskeie liggame se wetgewende bevoegdheid gesoek word, blyk dat die Transkeise wetgewende vergadering sonder twyfel die grootste werklike wetgewende bevoegdheid

---

[25]bv art 46 waardeur die vergadering die bevoegdheid kry om stam- en streeksowerhede af te skaf, of om die bevoegdhede, gesag en werksaamhede van sulke owerhede te verander.

[26]a 38.

[27]Dat dit nie altyd 'n eenvoudige saak is om vas te stel wie die "bevoegde orgaan" is om 'n wet te verander of te wysig nie, word duidelik weerspieël deur die beslissing in *S v Ndewanana* 1966 3 SA 312 (OK). Regter Cloete maak van 'n gekunstelde argument gebruik om uiteindelik tot die slotsom te kom dat die parlement in die betrokke saak die bevoegde orgaan was om 'n bepaalde wet te wysig, en hou daarmee na my mening nie voldoende rekening met die gees en bedoeling van die Transkeise grondwet nie. Veel meer bevredigend is die uitsprake in *S v Papu* 1969 1 SA 259 (OK); *S v Xesi* 1969 1 SA 1 (OK) en *S v Zitudeza* 1970 2 SA 772 (OK). Sien ook Venter a w 341 n 58.

[28]a 37(3).

[29]a 65(1).

[30]80 *SALJ* (1963) 474.

[31]"actual legislative powers."

[32]Weliswaar skryf prof Kahn vóór 1968 toe die aantal onderwerpe waaroor die SWA-wetgewende vergadering kon wette maak aansienlik verminder is, maar dit raak nie die punt in "geskil" nie.

het, bloot al vanweë die feit dat sy wetgewing oor 'n bepaalde onderwerp ingrypender gevolge met betrekking tot wette van die parlement het as 'n wet van òf die SWA-wetgewende vergadering òf 'n provinsiale raad.[33]

Benewens die groter werklike wetgewende bevoegdheid van die Transkeise wetgewende vergadering, is dié liggaam ook bevoeg om in bepaalde omstandighede wetgewing aan te neem wat die Transkei ekstra-territoriaal geld, of ten opsigte van Transkeise burgers wat buite die Transkei is en dit kan —

> "bepalings bevat vir die behoorlike toepassing daarvan in bedoelde gebied of, na gelang van die geval, met betrekking tot so 'n burger in enige plek binne die Republiek, ongeag waar hy hom ookal bevind of woon.[34]"

Die bevoegdheid om ekstra-territoriaal met betrekking tot burgers persoonlik wette te maak, geld tans net direkte belastings en verkiesings. Dit kan volgens professor Kahn as 'n unieke verskynsel in die moderne staat beskou word dat 'n "ondergeskikte" wetgewende liggaam op persoonlike grondslag binne- en "buite"–landse wetgewende bevoegdheid het.[35]

Daar moet egter steeds voor oë gehou word dat die Transkeise wetgewende vergadering nie *net* op 'n persoonlike grondslag wette kan maak nie. Met ander woorde, alle wette van die Transkei geld nie *net burgers* van die gebied nie. Ongelukkig is professor Kahn se behandeling van die aangeleentheid nie totaal ondubbelsinnig in dié opsig nie. Op bladsy 473 van sy aangehaalde artikel sê hy nl: "[t]he legislative competency of the Legislative Assembly is linked to this citizenship" en dan gaan hy voort om 'n aantal onderwerpe te noem waaroor die wetgewende vergadering bevoeg is om wette te maak. Hieronder noem hy bv landbou, beskerming van lewe en eiendom, wildbeskerming, registrasie van aktes ens – onderwerpe ten opsigte waarvan daar in die Transkeise grondwet geen aanduiding bestaan dat bepalings van Transkeise wette oor dié onderwerpe slegs op Transkeise burgers van toepassing sal wees nie. Die teendeel behoort eerder waar te wees. Indien 'n wet van die Transkei net op burgers of bepaalde kategorieë persone van toepassing moet wees, sal uitdruklik so bepaal moet word. Anders kán die aardige toestand ontwikkel dat 'n nie-burger van die Transkei wat op 'n Transkeise pad ry nie ingevolge die Transkeise Padverkeerswet van 1967 aangekla sal kan word van 'n oortreding nie, maar wel ingevolge die Kaapse Padverkeersordonnansie wat nie meer in die Transkei geld nie ingevolge artikel 37 van die Transkeise grondwet! Dit sou die verdere eienaardige gevolg hê dat wetgewing van die "Blanke" owerhede skielik op 'n "persoonlike" grondslag op nie-burgers van die Transkei van toepassing word.

Soos reeds genoem kan die staatspresident met die goedkeuring van albei huise van die parlement die onderwerpe waaroor die wetgewende vergadering wetgewing kan aanneem, uitbrei. Hierdie uitbreiding sal egter nie kan geskied tov die aangeleenthede wat uitdruklik deur artikel 39 van die

---

[33]Die wette van lg twee liggame is sonder meer nietig sover hulle strydig is met wette van die parlement – in SWA mits die parlementswet daar geld.
[34]a 37(2).
[35]80 *SALJ* (1963) 474.

wetgewende vergadering uitgesluit is nie. Of die staatspresident egter nie tog die onderwerpe aan die wetgewende vergadering kan oordra nie ingevolge sy bevoegdhede kragtens artikel 25(1) van die Bantoe-administrasiewet 38 van 1927 is 'n ander vraag. Die artikel gee onder andere aan die staatspresident die bevoegdheid om —

> "enige wet wat . . . van krag is of . . . van krag word in die Bantoestreke, opgenoem in die Bylae tot die Bantoe Grond Wet 1913 (Wet No. 27 van 1913) of 'n wysiging daarvan of in sodanige streke as wat by besluit van beide Parlementshuise vir die doeleindes van hierdie artikel as Bantoestreke aangewys mog word, by proklamasie in die *Staatskoerant* [te] herroep of [te] wysig of nuwe wette, met regskrag in die bedoelde streke, uit [te] vaardig, [te] wysig en [te] herroep."

Volgens Venter[36] en die howe[37] se konstruksie van hierdie artikel sal dit vir die staatspresident moontlik wees om die Transkeise grondwet geheel en al te herroep of wysig,[38] en gevolglik ook dié onderwerpe oor te dra wat uitdruklik uitgesluit is.

Ofskoon dié vertolking van die staatspresident se bevoegdhede teoreties as juis beskou moet word, is daar een belangrike faktor wat die werklike uitoefening van dié bevoegdheid veral mbt die Transkeise grondwet moontlik nie sal laat verwerklik nie. Ingevolge 'n sogenaamde konvensie wat in 'n wet beliggaam is,[39] oefen die staatspresident sy bevoegdhede uit op advies van die uitvoerende raad. Hierdie uitvoerende raad wat die staatspresident sal adviseer om sy bevoegdheid ingevolge artikel 25(1) van die Bantoe-administrasiewet uit te voer, is dieselfde uitvoerende raad wat die meerderheid in die parlement gebied. Behalwe waar tyd 'n wesentlike rol speel, sal dus verwag kan word dat met betrekking tot die Transkeise grondwet wysigings "langs parlementêre weë" sal geskied.

Elke wet wat deur die Transkeise wetgewende vergadering aangeneem is, moet deur die kantoor van die kommissaris-generaal aan die minister van Bantoe-administrasie gestuur word vir voorlegging aan die staatspresident.[40] Die staatspresident kan toestem tot 'n wet of dit vir verdere oorweging na die wetgewende vergadering terugverwys. Geen voorsiening word gemaak dat die staatspresident 'n wet kan afkeur of vir eie verdere oorweging kan oorhou nie. Wette wat terugverwys is na die wetgewende vergadering moet binne sewe dae na terugontvangs aan die wetgewende vergadering voorgelê word (indien in sitting), of binne sewe dae na die aanvangsdatum van die volgende sitting (indien nie in sitting nie).[41] Die wetgewende vergadering is onder geen verpligting om die advies wat gegee word te aanvaar nie, ewemin as wat die staatspresident onder enige verpligting is om 'n wetsontwerp van die wetgewende vergadering goed te keur. Die gevolg moet noodwendig wees dat 'n langdurige kat-en-muis-speletjie

---

[36]a w 350.
[37]*R v Maharaj* 1950 3 SA 187 (A).
[38]Vgl ook die uitspraak in *Bestuursraad van Sebokeng v Tlelema* 1968 1 SA 680 (A) 691. VerLoren van Themaat *Staatsreg* 454 neem egter 'n teenoorgestelde standpunt in oor hierdie hele aangeleentheid.
[39]a 16(1) van die Grondwet 32 van 1961.
[40]a 40(1) Transkeise grondwet.
[41]a 40(3).

kan ontwikkel totdat een van die partye besluit om na die een of ander kant kop te gee.

Professor Kahn[42] benader dié aangeleentheid vanuit 'n ander oogpunt en beweer dat aangesien die toestemming van die staatspresident in elk geval nodig is om regskrag aan 'n wetsontwerp van die wetgewende vergadering te verleen, dit nie nodig is om voorsiening te maak vir afkeuring (soos in die geval van ordonnansies van die SWA-wetgewende vergadering[43]) of verval weens tydsverloop (soos in die geval van die provinsies) nie.[44] Nieteenstaande kritiek wat gevolglik deur professor Kahn[45] op die laasgemelde reëlings gelewer word, is sulke bepalings nie geheel sonder verdienste nie, veral vanweë die groter sekerheid met betrekking tot die uiteindelike lot van die betrokke wetgewing wat daardeur geskep word.

Opsommenderwys blyk dit dat die Transkeise wetgewende vergadering wye wetgewende bevoegdhede het en dat die nodige voorsiening bestaan om die aangeleenthede waaroor die wetgewende vergadering wette kan maak, uit te brei[46] sodat uiteindelik net dié onderwerpe oorbly wat uitdruklik vir die Suid-Afrikaanse parlement voorbehou is. Die moontlikheid dat hierdie bevoegdhede deur die staatspresident oorgedra kan word ingevolge artikel 25 van die Bantoe-administrasiewet om sodoende 'n onafhanklike staat daar te stel is nie uitgesluit nie, maar eerder 'n ope vraag, hoofsaaklik as gevolg van interpretasiemoeilikhede.

Die *uitvoerende gesag* in die Transkei berus by 'n kabinet.[47] Die kabinet oefen gesag uit in alle aangeleenthede waaroor die wetgewende vergadering bevoeg is om wette te maak. Die kabinet bestaan uit ses ministers, onder aanvoering van 'n hoofminister. 'n Sestal departemente word deur die kabinet beheer maar die staatspresident is by magte om by proklamasie in die *Staatskoerant* die aantal departemente te vermeerder. Ook die kabinet kan op dieselfde wyse uitgebrei word tot hoogstens nege lede.

Die hoofminister word by die eerste sessie na 'n algemene verkiesing by geheime stemming deur die lede van die wetgewende vergadering gekies. Die hoofminister stel daarna binne sewe dae na sy verkiesing die ander ministers aan.[48]

Die prosedure vir die ontslag van die hoofminister of 'n ander minister vorm 'n interessante eienskap van die Transkeise grondwet. Die wetgewende vergadering kan om "grondige en *oortuigende* redes"[49] by wyse van 'n ver-

---

[42]80 *SALJ* (1963) 476.
[43]a 28 Wet 39 van 1968.
[44]a 89(3) Wet 32 van 1961.
[45]aangehaalde artikel 476.
[46]Ingevolge item 24 van deel B van die eerste bylae van die Transkeise grondwet kan die staatspresident ook skriftelik aangeleenthede van plaaslike aard oordra – vgl Kahn se bespreking van 'n soortgelyke bepaling in die Grondwet van die Republiek van SA in 86 *SALJ* (1969) 369 en 88 *SALJ* (1971) 463.
[47]a 9.
[48]Voorheen is die ministers ook deur die wetgewende vergadering gekies. Die huidige reëling is egter in 1971 ingevoer.
[49]a 20(1)(a) en (b). Eie beklemtoning.

soekskrif aan die staatspresident vra dat die hoofminister ontslaan word en dat toestemming verleen word vir die kiesing van 'n ander hoofminister vir die oorblywende gedeelte van die termyn. In die geval van 'n ander minister kan die hoofminister om redes wat *hy* grondig en oortuigend ag by versoekskrif aan die staatspresident vra dat die minister ontslaan word en dat die aanstelling van 'n ander minister vir die oorblywende gedeelte van die termyn gelas word. Die staatspresident kan in albei die gevalle "na goeddunke aan so 'n versoekskrif voldoen".[50]

In 'n stelsel waarin die owerheidsliggame oor die algemeen vry is om te kies of te benoem wie na hulle mening die geskikte persone vir bepaalde ampte is, val hierdie wyse van vrye kontrole deur die staatspresident aanvanklik effens vreemd op. Word dit egter beskou in samehang met die staatspresident se bevoegdheid om op aanbeveling van die kabinet of die wetgewende vergadering self te eniger tyd die vergadering te ontbind, kom dit voor asof een van die oogmerke met hierdie bepalings was om politieke onbestendigheid, opportunisme en wisselvalligheid sover moontlik te beperk. Alhoewel dit op sigself 'n lofwaardige doel is, wat waarskynlik oor die afgelope tien jaar grootliks verwesenlik is, is dit tog noemenswaardig dat dié besondere bepalings onder gegewe omstandighede tot politieke frustrasie en spanning kan lei indien daar wat die hoofminister, kabinet of wetgewende vergadering betref inderdaad goeie redes vir 'n ontslag of ontbinding is, maar die staatspresident in sy goeddunke nie dieselfde mening huldig nie. Die kabinet is per slot van rekening slegs aanstelbaar uit die geledere van die wetgewende vergadering, welke liggaam op sy beurt veronderstel is om die wense en opvatting van die geregistreerde kiesers weer te gee. In dié lig gesien is die wyse van kontrole deur die staatspresident van die ontslag van die hoofminister of 'n ander minister 'n ligte wanklank. Daarvoor kon enigsins vergoed gewees het deur die staatspresident redes te laat gee vir nie-goedkeuring of nie-toestemming (desnoods vertroulik aan die hoofminister of die wetgewende vergadering). Die onderskeie partye het 'n belang daarby om te weet waarom nie aan 'n versoekskrif voldoen is nie. Al is die rede vir die weiering ook dat dit na die oordeel van die staatspresident 'n kwelsugtige versoek was, kan dit steeds 'n goeie doel dien dat die party wat die versoek gerig het, weet dat die versoekskrif in dié lig beskou is. 'n Vermoede aan die kant van die versoekende party sonder bevestiging dat sy versoek as gevolg van veronderstelde kwelsugtigheid byvoorbeeld van die hand gewys is, hou potensieel groter spanningsmoontlikhede in as 'n eerlike, oop verhouding.

Alle administratiewe beheer, bevoegdhede (behalwe wetgewende bevoegdhede), magte en werksaamhede met betrekking tot aangeleenthede waaroor die wetgewende vergadering wette kan maak en wat onmiddellik voor die inwerkingtrede van die Transkeise grondwet by die staatspresident berus het of deur hom uitgeoefen is, berus by die kabinet van die Transkei.[51] Die regerings van die Republiek en die Transkei kan egter ooreenkom dat

---

[50]Normaalweg ontruim 'n minister sy amp by bedanking, wanneer hy ophou om lid van die wetgewende vergadering te wees of wanneer hy aan sekere diskwalifikasies onderhewig word.

[51]a 22. Vgl ook Venter a w 340 e v.

'n departement, raad, inrigting liggaam of persoon onder beheer van die regering van die Republiek, enige werksaamhede in verband met aangeleenthede soos dié hierbo genoem in die Transkei verrig.

Op die oog af lyk dit na 'n blote oorgangsbepaling om die staatspresident se uitvoerende bevoegdhede op die Transkeise kabinet te laat oorgaan. Venter[52] betoog egter met 'n groot mate van oortuigingskrag dat die effek van hierdie en ander bepalings in die Transkeise grondwet is om die staatspresident se posisie met betrekking tot die Transkei geleidelik te verander van opperhoof in die Bantoeregtelike na staatshoof in die hedendaagse sin van die woord. Hierdie opvatting werp ook moontlik lig op die sin waarin die staatspresident se bevoegdhede ten opsigte van die ontbinding van die wetgewende vergadering en die ontslag van ministers beskou moet word – met dié belangrike kwalifikasie natuurlik dat daar op die huidige weinig of geen sprake kan wees dat die staatspresident sal handel op die advies van "sy" ministers in die Transkei nie.

Ook wat die *regspleging* betref, bevat die Transkeise grondwet bepalings wat enersyds die selfstandige karakter van die Transkei as "semi"-staat beklemtoon, en andersyds die staatsregtelike struktuur van Suid-Afrika sover dit die regspleging betref, kan verander.

Die beheer oor en instelling van laerhowe is aan die Transkei toegesê as een van die onderwerpe waaroor die wetgewende vergadering bevoeg is om wette te maak.[53] Howe wat in die Transkei bestaan het by die samestelling van die eerste Transkeise kabinet het bly voortbestaan. Nuwe howe kan òf by wet van die wetgewende vergadering ingestel word, òf deur die Transkeise minister van justisie of 'n beampte wat, as hy in diens van die Republiek was, 'n landdroshof of Bantoesakekommissarishof sou kon instel. Ofskoon die Transkeise grondwet nie ondubbelsinnig oor dié aangeleentheid is nie, sluit die bevoegdheid wat aan die Transkeise owerheidsliggame en by name die wetgewende vergadering oorgedra is met betrekking tot laerhowe ook die bevoegdheid in om die prosesreg van die howe te reël en beheer. Dat so 'n vertolking egter veel steun sal geniet – hoe juis dit ook mag wees op grond van die wet – word sterk betwyfel. Afgesien daarvan dat so 'n konstruksie strydig sou wees met die beslissing in *S v Ndewanana* 1966 3 SA 312 (OK) word die wenslikheid van so 'n vertolking sterk bevraagteken deur die bepalings van die Transkeise grondwet aangaande die hoërhof van die Transkei.

Kragtens artikel 50(1) van die Transkeise grondwet is die staatspresident bevoeg om "so spoedig doenlik" na die samestelling van die eerste Transkeise kabinet 'n hoërhof vir die Transkei in te stel "ter vervanging van enige provinsiale of plaaslike afdeling van die Hooggeregshof van Suid-Afrika en enige Bantoe-appèlhof of Bantoe-egskeidingshof" wat jurisdiksie in die Transkei uitoefen.[54] Die status van so 'n hoërhof word aangedui as "sover doenlik" in ooreenstemming met dié van 'n provinsiale of

---

[52]Aangehaalde artikel 347.
[53]Item 4 deel B bylae 1.
[54]So 'n hof is inderdaad in 1973 ingestel (prok 173 van 1973). Regter GGA Munnik is op 1 Augustus 1973 as eerste hoofregter van die Transkei beëdig.

plaaslike afdeling van die hooggeregshof van Suid-Afrika. By ontstentenis van 'n spesifieke bepaling te dien effekte kom dit voor asof die Oos-Kaapse afdeling van die hooggeregshof nie konkurrente jurisdiksie in die Transkei sal uitoefen nie.[55]

Afgesien van gewone siviele en strafverhore is die hoërhof van die Transkei ook bevoeg om egskeidingsake en appèlle te verhoor wat voorheen deur Bantoe-egskeidings- en Bantoe-appèlhowe verhoor is. 'n Besondere bevoegdheid van die hof is om sover moontlik in regsgedinge of verrigtinge tussen partye waarby Bantoegebruike betrokke is, die toepaslike Bantoereg toe te pas, sover dié reg nie in stryd is met openbare beleid of "natuurlike reg" nie.[56] Die hof word uitdruklik daarvan weerhou om "die gebruik van lobola of bogadi of enige ander dergelike gebruik" in stryd met die bogenoemde beginsels te verklaar.

Aangesien die Transkeise wetgewende vergadering geen bevoegdheid het oor die instelling, prosedure, beheer of administrasie van die hoërhof van die Transkei nie, sal die heersende Suid-Afrikaanse straf- en sivielprosesreg ook die reg van dié hof wees (behalwe moontlik waar 'n toepassing van Bantoereg 'n afwyking daarvan noodsaaklik maak). Hierdie standpunt word beklemtoon deur die feit dat die appèlafdeling van die hooggeregshof van Suid-Afrika ook die hof in laaste instansie is vir die hoërhof van die Transkei. In verband hiermee bepaal die Transkeise grondwet uitdruklik dat enige wetsbepalings of hofreëls wat vir 'n appèl teen die beslissing van 'n gewone plaaslike of provinsiale afdeling van toepassing is, *mutatis mutandis* geld by 'n appèl teen 'n beslissing van die hoërhof van die Transkei.

In die lig van die onmiddellik voorafgaande lyk dit uiteindelik of die prosesreg van die laerhowe wat deur die Transkeise owerheidsorgane ingestel mag word, die heersende Suid-Afrikaanse prosesreg moet wees, en dat dit effektief buite die bevoegdheid van die Transkeise wetgewende vergadering val om daaroor wette te maak.

Ten einde die bespreking van die Transkeise stelsel van staatsinrigting af te rond, moet daar vlugtig na die instelling bekend as Transkeise burgerskap gekyk word. Dit is belangrik om hiervan kennis te neem aangesien burgerskap van die Transkei in meer as een geval 'n jurisdiksiebepalende faktor is: in sommige gevalle kan die Transkeise wetgewende vergadering wette maak wat net op Transkeise burgers van toepassing is en op niemand anders nie;[57] in ander gevalle geld die Transkeise wet buite die Transkei-gebied omdat dit op 'n burger van die Transkei van toepassing is, waar hy hom ook buite die Transkei (maar binne die Republiek) bevind. Wie is 'n Transkeise burger? 'n Aantal toetse word aangewend, bv geboorte in die Transkei, domisilie in die Transkei, of taal; met dien verstande dat slegs Bantoes burgers van die Transkei kan word.

---

[55]Vgl a 19(1) van Wet 62 van 1973 waardeur 'n spesifieke bepaling uitgevaardig is om aan die Natalse en Transvaalse provinsiale afdelings konkurrente jurisdiksie met hulle onderskeie plaaslike afdelings te verleen, asook aan die Oos-Kaapse afdeling mbt die nuwe Suidoos-Kaapse plaaslike afdeling.

[56]a 50(2)(b).

[57]Vgl item 15 deel B, bylae 1.

As gevolg van die klaarblyklik wye omskrywing van Transkeise burgerskap is 'n bepaling in die grondwet bygevoeg om voorsiening te maak dat 'n burger van die Transkei nie ook die burger van 'n ander land of selfregerende Bantoegebied of die onderdaan van so 'n land of gebied kan wees nie.[58] Transkeise burgerskap hou egter nie in dat 'n burger as 'n vreemdeling in die Republiek beskou word nie en hy word beskou —

> "op grond van sy burgerskap van 'n gebied wat deel van die Republiek van Suid-Afrika uitmaak, vir alle buitelandse doeleindes ooreenkomstig internasionale reg as 'n burger van die Republiek."[59]

Die staatsregtelike instellings van die ander tuislande

In teenstelling met die Transkei, wat onder sy eie wet selfregerend geword het, word net een wet gebruik om al die ander tuislande binne die Republiek selfregerende status te laat verwerf – die Grondwet van die Bantoetuislande 21 van 1971. Ingevolge dié wet word breë staatsregtelike riglyne getrek (grootliks oorgeskryf uit die Transkeise grondwet) waarlangs die onderskeie Bantoegebiede uiteindelik almal gelyke status met die Transkei sal geniet.[60]

Aan die staatspresident word dan die bevoegdheid verleen om by proklamasie voorsiening te maak vir die nodige besonderhede om van tuisland tot tuisland dié breë riglyne te verwerklik.

Alhoewel, soos reeds gemeld, die grondwet van die Bantoetuislande en die Transkeise grondwet in die meeste opsigte wesentlik ooreenstem, moet eersgenoemde wet noodgedwonge 'n stel bepalings bevat wat nie in die Transkeise grondwet aangetref word nie. Hierdie toedrag van sake spruit voort uit die aard en trefwydte van die grondwet van die Bantoetuislande, nl om tegelykertyd voorsiening te maak vir tuislande met betreklik geringe ondervinding van eie bestuur en tuislande met meer ervaring. Vandaar die sg eerste en tweede hoofstuk-gebiede van die wet. In die eerste word voorsiening gemaak vir die instelling van wetgewende vergaderings en uitvoerende rade met beperkte bevoegdhede. Dit vorm die eerste stap van die gebiedsowerheidstadium na selfregerende status. In vergelyking met die Transkeise wetgewende vergadering het sulke wetgewende vergaderings baie beperkte bevoegdhede,[61] ten spyte daarvan dat die onderwerpe ten opsigte waarvan dié bevoegdhede uitgeoefen mag word ooreenstem met dié van die Transkei. Die wetgewende bevoegdhede van so 'n wetgewende vergadering vergelyk gunstig met dié van 'n provinsie.

---

[58]a 8.

[59]a 7(3). Hierdie artikel hou interessante moontlikhede in soos JFH aantoon in 1963 *THRHR* 44: "A Transkeian citizen of South African Nationality?"

[60]Luidens 'n verklarende memorandum wat die wetsontwerp vergesel het, is daar twee weë waarlangs die doel, nl om Bantoevolke tot selfregering te lei, verwesenlik kan word. Eerstens kan daar vir elke volkseenheid 'n eie wet aangeneem word, wat egter dié nadeel inhou dat daar vertraging in ontwikkeling kan wees in afwagting van die wette. Alternatiewelik kan 'n "algemene" wet aangeneem word waardeur o a die bevoegdheid aan die staatspresident verleen word om die wet te "materialiseer" by proklamasie: hierdie prosedure is uiteindelik verkieslik a g v sy groter soepelheid.

[61]Wette wat bots met parlementswette is bv sonder meer ongeldig vir sover hulle bots.

Ingevolge die tweede hoofstuk van die wet kan so 'n "tussenstadium"-wetgewende vergadering egter *selfregerende*[62] status verleen word deurdat die staatspresident na raadpleging van die betrokke wetgewende vergadering by proklamasie in die *Staatskoerant* bepaal dat die gebied van so 'n wetgewende vergadering 'n selfregerende gebied word. Die vernaamste verskil wat hierdeur teweeggebring word, lê inderdaad op die vlak van die wetgewende bevoegdhede – 'n selfregerende gebied het dieselfde bevoegdhede as die Transkeise wetgewende vergadering.

Die *kabinet*[63] van 'n selfregerende gebied ingestel onder die grondwet van die Bantoetuislande het dieselfde bevoegdhede as die Transkeise kabinet. Wat die aanstelling van lede van die kabinet betref, is dit egter opvallend dat die grondwet van die Bantoetuislande met die besondere wyse waarop dit voorsiening maak vir die verlening van selfregering, ook hier voorsiening maak vir die eie voorkeure, gebruike en wense van die betrokke volkseenhede. So reël die KwaZulu-grondwetproklamasie[64] byvoorbeeld dat die hoofminister, soos in die Transkei, by geheime stemming gekies word uit en deur die wetgewende vergadering, en dat die ander ministers, in teenstelling met die Transkeise ministers, ook deur die wetgewende vergadering gekies word, maar uit 'n groslys van tien name wat deur die hoofminister aan die sekretaris van die wetgewende vergadering voorsien is.

Benewens hierdie moontlikheid tot soepelheid bied die grondwet van die Bantoetuislande voorts die moontlikheid tot snelle verandering omdat die ontplooiing van die wet by proklamasie gereël word. Dit het besliste voordele bo die Transkeise grondwet waar enige wysiging van samestelling en prosedures van die onderskeie owerheidsliggame by wet gedoen moet word.

Ten opsigte van finansies, regspleging, regeringsdiensaangeleenthede en die oorgang van uitvoerende bevoegdhede geld wat in die bespreking van die Transkeise stelsel gesê is, ook vir die ander selfregerende tuislande.[65]

Burgerskap van ander tuislande as die Transkei word gereël deur die Wet op Burgerskap van die Bantoetuislande 26 van 1970.[66]

Gevolgtrekking

Alhoewel daar nie op grond van òf die Transkeise grondwet òf die grondwet van die Bantoetuislande beweer kan word dat besliste federale elemente die

---

[62]Dws dieselfde status as die Transkei. Vgl n 15 hierbo en a 36 van die wet.

[63]Die benaming is verander van "uitvoerende raad" na "kabinet".

[64]Prok R70 van 1972.

[65]Dit is nie hier nodig om indringend op die status van die "tussentydse" wetgewende vergaderings (ingevolge hoofstuk 1 van Wet 21 van 1971) in te gaan nie – hulle is bestem om te verdwyn. Vgl Van Wyk 37 *THRHR* (1974) 1 vir 'n bespreking van die wetgewende bevoegdhede van die wetgewende vergaderings van die sg selfregerende Bantoetuislande.

[66]Die wet maak ook voorsiening vir burgerskap van gebiedsowerheidsgebiede. Die vereistes vir burgerskap stem ooreen met die van die Transkei. Die wet maak voorsiening vir besware en appèlle, asook die uitreiking van burgerskapsertifikate. A 4 bepaal dat 'n Bantoe burgerskap van slegs een gebied mag hê.

eenheidstruktuur van die Suid-Afrikaanse konstitusie binnegesypel het nie, is dit onomstootlik waar dat 'n graad van "desentralisasie" geskep is wat onbekend is aan die tradisionele staatsregtelike opset in Suid-Afrika. Dit is egter volkome te rym met die verklaarde beleid van die regering onder wie se bewind dit geskied het nl om hierdie gebiede uiteindelik te lei na onafhanklikheid en selfstandigheid as state.

Die plek van Kleurlingowerheidsliggame in dié struktuur

Staatkundig en polities het die Kleurlinge van Suid-Afrika 'n geskiedenis van twyfelagtighede waarvan die stemregkwessie, die konstitusionele krisis en die raad van Kleurlingsake maar enkele voorbeelde is. Staatsregtelik kan hulle posisie nie in veel rooskleuriger taal beskryf word nie. Dit was eers met die instelling in 1964 en die inwerkingtrede in 1968 van die verteenwoordigende Kleurlingraad dat die Kleurlingbevolking op 'n konstitusionele pad geplaas is wat, in die lig van die Suid-Afrikaanse politieke bedeling, nie noodwendig op 'n doodloopstraat afstuur nie. Al het (Blanke) politieke leiers vir die huidige nie 'n eindpunt voorsien in die konstitusionele ontwikkeling van die Kleurlinge nie en die verteenwoordigende Kleurlingraad uiters as 'n beginpunt na êrens beskou moet word, hou dié liggaam minstens die voordeel in dat, soos in die Bantoetuislande, 'n forum geskep word waarop en vanwaar die betrokke bevolkingsgroep uiting kan gee (in watter beperkte mate ook al) aan basiese burgerskapaansprake.[67]

Die Wet op die Verteenwoordigende Kleurlingraad 49 van 1964 maak voorsiening vir 'n *wetgewende raad* wat bestaan uit sestig lede waarvan veertig verkies en twintig benoem word. Slegs Kleurlinge kan lede van die raad word.

Kleurlinge word vir die doeleindes van die verteenwoordigende Kleurlingraad gedefinieer as lede van vier van die sewe groepe wat ingevolge proklamasie 123 van 1967 (uitgevaardig ingevolge artikel 5(2) van die Bevolkingsregistrasiewet 30 van 1950) tot die "rassegroep" "Gekleurdes" behoort. Hierdie vier groepe is die Kaapse Kleurlinggroep, die Griekwagroep, die Maleiergroep en die groep Ander Gekleurdes.[68] Wiechers[69] staan miskien ten onregte te krities teenoor hierdie opset, maar dit moet waarskynlik daaraan gewyt word dat hy nie onderskei nie tussen "Gekleurdes" – die term van die Bevolkingsregistrasiewet om die groep wat nie Blankes maar ook nie Bantoes is nie aan te dui – en "Kleurlinge", 'n ongedefinieerde begrip vir die doeleindes van rasse-klassifikasie.

Voorsiening word gemaak vir die registrasie van kiesers, afbakening van kiesafdelings, kwalifikasies en "onbevoegdhede" van kiesers en lede van die raad, stemverrigtinge en kieserslyste. In vele gevalle stem dié aangeleenthede *mutatis mutandis* ooreen met dié vir Blankes.

---

[67]Of daar enige betekenis kleef aan die opvallende afwesigheid van spesifieke bepalings oor Kleurlingburgerskap – vetal wat die toekoms betref – moet die leser maar self oordeel. Moontlik kan sodanige afwesigheid toegeskryf word aan die gebrek aan 'n geografiese gebied waarbinne en -oor die Kleurlingraad jurisdiksie kan uitoefen.
[68]Die Chinese groep, Indiërgroep en groep Ander Asiate word uitgesluit.
[69]35 *THRHR* (1972) 1 ev.

Die dienstyd van 'n raad is vyf jaar gereken van die datum van die eerste vergadering van die raad, waarna dit deur tydsverloop ontbind word. 'n Nodige kwalifikasie word egter deur artikel 12A hierby gevoeg, nl dat "elke persoon wat op die datum van sodanige ontbinding 'n lid van die Raad is" 'n lid daarvan bly en dat die minister bevoeg is om die raad gedurende so 'n tydperk van "ontbinding" byeen te roep vir die verrigting van werksaamhede tot op die dag onmiddellik vóór die volgende verkiesing.

Die *setel* van die raad word deur die raad met die goedkeuring van die minister bepaal. Die minister is egter alleen verantwoordelik vir die vasstelling van die sessies van die raad (insluitend die verdaging van die raad). Daar moet ten minste eenmaal per jaar 'n sitting wees, op so 'n tydstip dat daar nooit 'n tydperk van meer as twaalf maande tussen die laaste dag van 'n vorige sitting en die eerste dag van 'n volgende sitting verloop nie.

Die vernaamste bevoegdhede van die raad kan in drie kategorieë ingedeel word, nl *wetgewende*, *uitvoerende* en *adviserende* bevoegdhede.[70]

Wat *wetgewing* betref, het die raad oorspronklike bevoegdhede. In teenstelling met die bevoegdhede van die wetgewende vergaderings van die Bantoetuislande, word die verteenwoordigende Kleurlingraad se bevoegdhede uitdruklik as oorspronklik beskryf.[71] Of hierdie uitdruklike bepaling veel meer as 'n woordelike troos is, kan betwyfel word, want afgesien van die beperkte aantal onderwerpe waaroor die raad wette kan maak "soos die parlement", rus daar soveel ander wesentlike beperkings op die raad se wetgewende bevoegdheid, dat die enigste uitwerking van die sg oorspronklike bevoegdheid sal wees dat indien die raad eenmaal sover gekom het om wel 'n wet aan te neem, so 'n wet nie in die oë van 'n bevoegde hof aan dieselfde ongeldigheidsgronde as ondergeskikte wetgewing soos proklamasies en regulasies onderhewig sal wees nie.

Beperkings op die wetgewende bevoegdheid van die raad waarna pas verwys is, hou in dat geen wet by die raad ingedien mag word sonder die goedkeuring van die minister na oorlegpleging met die minister van finansies en die provinsiale administrateurs nie; geen wet van die raad geld behalwe solank en sover dit nie met 'n wet van die parlement bots nie;[72] die parlement kan te eniger tyd die Wet op die Verteenwoordigende Kleurlingraad herroep of wysig; alle wette van die raad moet aan die staatspresident voorgelê word vir sy goedkeuring, wat gegee word op advies van die uitvoerende raad. Die staatspresident keur die wet goed, of weerhou sy goedkeuring – wat by ontstentenis van verdere bepalings in dié verband beteken dat die wet afgekeur is – of hy kan die wet terugverwys na die raad, "in die lig van sodanige inligting en advies as wat gegee word".[73]

'n Terugverwysde wet en een waarvan toestemming weerhou is moet binne sewe dae na ontvangs daarvan deur die sekretaris van die raad of,

---

[70]Vgl Wiechers a w 6 e v.
[71]a 21(1); sien ook 1964 *Annual Survey of SA Law* 37.
[72]Of die wette van die raad gehandhaaf sal word indien hulle strydig is met provinsiale ordonnansies, is 'n ope vraag, wat na my mening positief beantwoord behoort te word.
[73]a 23(1).

indien die raad nie in sitting is nie, binne sewe dae na die aanvang van die eersvolgende sitting in die raad ter tafel gelê word.

Daar heers vryheid van spraak in die raad. 'n Algehele spraakvryheid is dit nie – in teenstelling met die posisie in die Transkeise wetgewende vergadering en die provinsiale raad. Uitlatings of optrede van 'n lid van die raad of die uitvoerende bestuur is nl nie geprivilegieerd nie sover sodanige uitlatings of optrede betrekking het op "die senaat, die volksraad, 'n provinsiale raad, 'n geregshof of 'n statutêre liggaam of lid daarvan of 'n beampte in die staatsdiens."[74]

Dit beteken dat 'n lid van die raad of uitvoerende bestuur wat hom in die raad op 'n wyse gedra wat deur die volksraad of senaat of provinsiale raad as minagtend beskou sou word, voor dié liggame gedaag en verhoor kan word.[75] Die enigste verklaarbare rede vir hierdie beperkte immuniteit moet waarskynlik gesoek word in die algemeen beperkte status van die raad. Aan die ander kant dra die beperkte immuniteit van lede wesentlik by tot die beperking van die status van die raad.

Wat sy eie orde en prosedure betref, is die raad bevoeg om vaste reglemente aan te neem wat nie strydig met die wet is nie.[76] Daarenteen kan die minister ook ingevolge artikel 26 regulasies maak met betrekking tot die reëling van verrigtinge van die raad, met inbegrip van die handhawing van orde in die raad, dissiplinêre maatreëls en reëls van debat. Volgens 'n letterlike uitleg behoort die raad se reglement van orde en die minister se regulasies op gelyke voet behandel te word tensy die raad se reglement as 'n "wet" beskou word. In dié geval behoort dit die minister se regulasies voor te gaan. Die interessante verskynsel in hierdie geval is egter dat die minister veel meer kan doen wat orde en prosedure in die raad betref as die raad self.[77]

Die *uitvoerende bevoegdhede* van die raad is in die hande van 'n uitvoerende bestuur wat uit vyf lede bestaan.[78] Een lid word deur die staatspresident as voorsitter aangewys terwyl die oorblywende vier lede deur die raad gekies word uit eie geledere. Die staatspresident kan te eniger tyd die voorsitter van sy amp onthef, en 'n gewone lid van die bestuur kan met 'n tweederdemeerderheidsbesluit van die raad onthef word. Die minister kan 'n lid van die raad as voorsitter aanwys indien die voorsitter afwesig of nie in staat is om sy pligte te vervul nie, of indien die amp vakant is. Uit die bewoording van die magtigende bepaling kom dit voor asof die minister nie een van die ander lede van die uitvoerende bestuur hoef aan te wys nie, maar selfs enige lid van die raad.

---

[74]a 16(3).

[75]Wiechers a w 8.

[76]Vgl in hierdie verband *Leon v Sanders* 1972 4 SA 637 (OK).

[77]Die raad kan 'n vaste reglement van orde aanneem vir die reëling en bestuur van sy verrigtinge en die afhandeling van sy werksaamhede. Die minister kan regulasies afkondig i v m die reëling van verrigtinge van die raad, handhawing van orde in die raad, dissiplinêre maatreëls, reëls van debat, prosedure i v m indiening, voorlegging en afhandeling van wette, verslae, besluite, afwesigheid van lede van die raad en vele meer.

[78]I v m die uitvoerende bestuur vgl a 17 tot 19.

Drie lede van die uitvoerende bestuur vorm 'n kworum, maar wanneer daar nie genoeg lede is om 'n kworum te vorm nie, verrig die voorsitter van die bestuur die werksaamhede van die bestuur totdat die vakatures gevul is. Hierdie bepaling is klaarblyklik net van toepassing op gevalle waar die poste in die bestuur vakant is, en nie ook op gevalle waar die lede van die uitvoerende bestuur die bestuur "boikot", of traag is om vergaderings by te woon of om ander redes afwesig is nie. In die laaste gevalle kan die raad ander lede kies om waar te neem as uitvoerende bestuurslede totdat die vaste lede weer in staat is om hul pligte te vervul.

Terwyl die raad nie in sitting is nie verrig die uitvoerende bestuur al die werksaamhede van die raad – behalwe die wetgewende funksie. Die uitvoerende bestuur hanteer ook al die aangeleenthede sover dit Kleurlinge betref waaroor die raad bevoeg is om wette te maak, nl finansies, plaaslike bestuur, onderwys, gemeenskapswelsyn en pensioene, landelike gebiede en nedersettings vir Kleurlinge en die ander aangeleenthede wat die staatspresident van tyd tot tyd by proklamasie bepaal. Die voorsitter is verantwoordelik vir finansies, terwyl die ander onderwerpe onder die ander lede van die uitvoerende bestuur verdeel word. Benewens die bevoegdhede wat deur die wet aan die uitvoerende bestuur opgelê word, kan die minister en 'n administrateur enige bevoegdheid wat by wet aan hulle verleen is en wat betrekking het op die aangeleenthede waaroor die raad wette kan maak, aan 'n lid van die uitvoerende bestuur wat met so 'n aangeleentheid belas is, delegeer. So 'n gedelegeerde bevoegdheid word uitgeoefen ooreenkomstig die opdrag van die uitvoerende bestuur.[79]

Die *adviserende bevoegdhede* van die raad is betreklik wyd – op versoek (*sic!*) kan die raad die regering (wat vir hierdie doel deur die minister verteenwoordig word) adviseer rakende alle sake wat betrekking het op die ekonomiese, maatskaplike, opvoedkundige en staatkundige belange van die Kleurlinge; die raad kan aanbevelings doen by die regering oor dié aangeleenthede; die raad kan aanbevelings by die regering maak in verband met enige beplanning wat na die mening van die raad bereken is om die beste belange van die Kleurlingbevolking te bevorder. Hierdie adviserende bevoegdhede gaan egter mank aan enige krag behalwe oorredingskrag. In dié opsig herinner die posisie sterk aan die adviserende bevoegdhede van die "Naturelle Verteenwoordigende Raad" van die vóór-vyftigerjare wat grootliks aanleiding gegee het tot die ondergang van dié raad.[80] Dié somber moontlikheid met betrekking tot die verteenwoordigende Kleurlingraad word egter enigsins in perspektief gehou deur enersyds artikel 20(4) in gedagte te hou waardeur aan die minister of die sekretaris van Kleurling-

---

[79]a 17(6)(c). Tov bevoegdhede wat die minister aan die Staatsdienswet 54 van 1957 ontleen, geld die delegasiebevoegdheid slegs mbt persone wat nie Blankes is nie. Die bevoegdhede mag ook slegs aan die voorsitter van die uitvoerende bestuur oorgedra word. Dieselfde geld die bevoegdhede tov organisasie, beheer en administrasie van personeel ingevolge die Wet op Onderwys vir Kleurlinge 47 van 1973. Wiechers aw 8 wys daarop dat daar ingevolge lg wet veral regulerende bevoegdhede is wat die minister nie mag delegeer nie. Indien die Kleurlingraad nie bevoeg is om op hierdie bevoegdhede inbreuk te maak nie, bly daar geen of weinig bevoegdhede oor wat die minister kan delegeer, veral tov onderwys.

[80]Vgl a 20–29 van Wet 12 van 1936.

betrekkinge die bevoegdheid verleen word om enige vergadering van die raad of uitvoerende bestuur by te woon en aan besprekings deel te neem (sonder stemreg egter) en andersyds artikel 20(5) ingevolge waarvan die raad slegs met die goedkeuring van die minister na oorlegpleging met die minister van finansies eiendom kan verkry, daaroor kan beskik, "dienaars" kan aanstel of enige iets anders kan doen wat hy by die uitoefening van sy bevoegdhede nodig mag ag: hieruit, en uit die gewigtige feit dat die geldsake van die raad effektief deur die minister (steeds in oorleg met die minister van finansies) beheer word, blyk onomstootlik dat die bedoeling met die instelling van die raad nie was om 'n liggaam van groot en oorspronklike gesag in die lewe te roep nie. Trouens, die feit dat die hoof van die administrasie van Kleurlingsake – die "administrasie" van die Kleurlingraad – 'n regeringsamptenaar is, bevestig grootliks dat die verteenwoordigende Kleurlingraad 'n sterk departementele karakter dra.[81]

Die plek van Indiërowerheidsliggame in dié struktuur

In teenstelling met die Kleurlinge het die Indiërs in Suid-Afrika nooit eens indirekte verteenwoordiging in die parlement gehad nie.[82] Die naaste wat hulle daaraan gekom het sedert Uniewording was ingevolge die Wet op Grondbesit van Asiate en Verteenwoordiging van Indiërs, 1946, waardeur die Indiërs verteenwoordiging in die parlement sou kry. Die wet is egter nooit in werking gestel nie en is in 1948 afgeskaf deur die Wet tot Wysiging van Wette op Asiate 47 van 1948. Staatsregtelik het daar dus nie veel vir die Indiërs tot stand gekom nie tot vóór die aanname van die Wet op die Suid-Afrikaanse Indiërraad 31 van 1968, soos gewysig deur Wet 67 van 1972. Of dit 'n noemenswaardige staatsregtelike gebeurtenis is, is ook 'n vraag met twyfelagtige antwoord aangesien die Indiërraad sterk ooreenkomste toon met die verteenwoordigende Kleurlingraad.

Die Suid-Afrikaanse Indiërraad is voorafgegaan deur 'n Nasionale Indiërraad wat in 1964 deur die minister van Indiërsake ingestel is en uit een-en-twintig lede bestaan het. Reeds op daardie tydstip egter is 'n statutêre liggaam in die vooruitsig gestel.

Die Suid-Afrikaanse Indiërraad het aanvanklik uit vyf-en-twintig lede bestaan wat deur die minister aangestel is en wat verteenwoordigend van die Kaapprovinsie, Natal en Transvaal moes wees in 'n verhouding wat die minister billik geag het. Om as lid te kwalifiseer, moes 'n persoon 'n Indiër wees, blywend woonagtig in die Republiek en nie 'n staatsamptenaar nie. Die ampstermyn was drie jaar en die lede kon self uit hul midde 'n voorsitter kies.

In 1972 is die samestelling van die raad gewysig. Die staatspresident kan nou by proklamasie bepaal dat die raad uit 'n spesifieke getal – maar hoogstens dertig – lede bestaan, waarvan 'n aantal deur die minister benoem en die res verkies word op die wyse in die proklamasie voorgeskryf. Die

---

[81]Vgl Wiechers a w 9 n18.

[82]Na Uniewording in 1910 was daar enkele Indiërs in Natal wat die stemreg behou het wat hulle vóór 1910 gehad het, maar na 1910 sou geen Indiër meer kwalifiseer vir stemreg nie. Vgl VerLoren van Themaat 1960 *THRHR* 156.

bepaling dat die benoemde lede die provinsies moet verteenwoordig word bevestig.

Die *setel* van die raad word deur die minister bepaal. In die raad heers dieselfde mate van spraakvryheid as in die verteenwoordigende Kleurlingraad, terwyl die raad ook 'n reglement van orde kan aanneem wat nie met die wet onbestaanbaar is nie, en ook nie met 'n regulasie kragtens die wet uitgevaardig nie. Ofskoon hier dus uitdruklik bepaal word – anders as in die geval van die verteenwoordigende Kleurlingraad – dat die reglement van orde nie strydig mag wees met 'n regulasie ingevolge die wet uitgevaardig nie, word geen voorsiening in die wet gemaak dat die minister by regulasie die orde van die raad se verrigtinge mag reël nie.

Die *bevoegdhede* van die raad is hoofsaaklik *adviserend.* Voorts moet die raad as skakel dien in oorlegpleging en as verbindingsmiddel tussen die regering en die Indiërbevolking. Die raad het geen wetgewende bevoegdhede nie.

Vier lede van die *uitvoerende komitee* van die raad word deur die raad self gekies terwyl 'n vyfde lid as voorsitter deur die minister aangestel word Die voorsitter van die uitvoerende komitee mag egter nie ook voorsitter van die raad wees nie. 'n Waarnemende voorsitter vir die uitvoerende komitee kan deur die lede van die komitee gekies word.

Die uitvoerende komitee verrig die werksaamhede van die raad wat die raad bepaal of wat by regulasie voorgeskryf word. In die besonder behartig die komitee in opdrag van die raad onderwys, gemeenskapswelsyn en alle ander aangeleenthede wat die staatspresident van tyd tot tyd in die *Staatskoerant* bepaal. Soos in die geval van die Kleurlingraad se uitvoerende bestuur kan die minister of 'n administrateur of 'n uitvoerende komitee van 'n provinsie bevoegdhede wat betrekking het op die aangeleenthede wat die uitvoerende komitee mag hanteer, delegeer. Deur hierdie bepaling verkry die uitvoerende komitee groter bevoegdhede as die raad self, omdat die raad bloot mag adviseer, terwyl die uitvoerende komitee onder delegasie besondere uitvoerende handelinge sal kan verrig.

Oor die algemeen kan gevolglik beweer word dat die Suid-Afrikaanse Indiërraad nog nie die status van 'n "departementele" raad bereik het soos die verteenwoordigende Kleurlingraad nie. Op die huidige stadium is dit nog bloot 'n semi-verteenwoordigende adviesliggaam.

DIE TOEKOMS VAN HIERDIE OWERHEIDSLIGGAME

Ongeag die feit dat daar vir twee bevolkingsgroepe[83] in die Republiek – wat weliswaar klein en maklik assimileerbare groepe is – geen voorsiening vir staatsregtelike instellings is nie, bestaan daar reeds minder of meer noemenswaardige owerheidsliggame vir die Bantoes, die Kleurlinge en die Indiërs.

---

[83]nl "Ander Asiate" en Chinese.

'n Belangrike vraag is nou wat die toekoms moontlik inhou vir die instellings en liggame wat hierbo bespreek is. Ofskoon dit 'n aangeleentheid is waarvoor profetiese gawes 'n vereiste is, kan enkele afleidings darem gemaak en riglyne getrek word.

Sover dit die Bantoes aangaan is hoofsaaklik twee weë oop, afgesien van die moontlikheid dat 'n Blanke regering ál die ontwikkeling tot op hede ongedaan maak en 'n beleid van algehele integrasie uitvoer.

Die een moontlikheid is dat volkome onafhanklikheid aan die sg selfregerende Bantoetuislande verleen word. Of so 'n stap staatkundig wenslik of ekonomies moontlik is, is vrae wat 'n wesentlike rol speel by die oorweging van hierdie moontlikheid, maar ook vrae wat nie hier beantwoord hoef te word nie. Daar kan met reg beweer word dat die teoretiese staatsregtelike ontwikkeling van die Bantoevolke in die tuislande so 'n gevorderde peil bereik het dat onafhanklikheid – ofte wel die verwerwing van "soewereiniteit" – 'n konstitusionele werklikheid begin word het. Al die vereistes wat boonop normaalweg vir 'n staat gestel word, is ook aanwesig in die geval van die tuislande.[84] Die moontlikhede vir georganiseerde samewerking tussen so 'n groep onafhanklike state is onbeperk. Voorbeelde uit die internasionale gemeenskap is ook nie skaars nie – bv die Europese Ekonomiese Gemeenskap en die (Britse)Statebond. Die ander moontlikheid is om die Bantoetuislande as federale state in 'n federasie saam te snoer – hetsy onder mekaar, hetsy in samewerking met die Republiek (di die "Blanke" Republiek – met sy "ander gekleurde" elemente!). Indien daar in dié rigting gedink sou word, is die oorgrote meerderheid van die tuislande op die huidige stadium van (staatsregtelike) ontwikkeling in 'n besonder goeie posisie om federale state te wees. Die vernaamste veranderings wat nodig sou wees, is om uitdruklik die wetgewende bevoegdheid van die tuislande te verskans en wetgewing deur 'n sentrale regering oor die aangeleenthede waaroor die wetgewende vergaderings van die tuislande wette kan maak, uit te sluit en goedkeuring van "tuislandwette" in die hande van die tuisland-uitvoerende gesag te plaas.

In 'n dinamies-ontwikkelende wêreld behoort 'n laaste moontlikheid buite rekening gelaat te kan word, nl dat die *status quo* onbepaald gehandhaaf sal word. Hierdie standpunt word versterk deur 'n uitlating van die minister van Bantoe-administrasie in die parlement gedurende 1970 dat die huidige regering nooit sal omdraai op die pad van ontwikkeling waarop die Bantoevolke geplaas is nie.[85] Die enigste voorsienbare geval waar die *status quo* vir 'n lang tyd gehandhaaf kan word, is die geval waar Blankeregering en Bantoe-regering in 'n dooiepunt gewikkel raak oor verdere grondwetlike ontwikkeling, maar selfs in so 'n geval sal die spanning veroorsaak deur so 'n dooiepunt die saak in die een of ander besliste rigting dryf, sy dit dan "gedwonge" onafhanklikheid aan die tuislande.

---

[84]Sien bv VerLoren van Themaat en Wiechers *Staatsreg* 4 e v. Gedurende Februarie 1974 het die hoofminister van die Transkei volgens radioberigte aanduidings gegee dat die gebied na sy mening gereed is vir onafhanklikheid. Pas na die begin van die 1974-sitting van die Transkeise wetgewende vergadering is 'n mosie ingedien waarin om onafhanklikheid vir die tuisland binne 5 jaar gevra is.

[85]Die "vraagstuk" van die sg stedelike Bantoes kan natuurlik die uiteindelike *rigting* van die ontwikkeling beïnvloed!

Die uiteindelike staatsregtelike posisie en toekoms van die Kleurlinge en Indiërs lyk tans veel minder rooskleurig as dié van die Bantoe. Geeneen van dié twee groepe het 'n eie grondgebied wat enigsins vergelykbaar is met dié van die Bantoetuislande nie. Hulle staatsregtelike instellings is voorts van onlangse oorsprong en onderontwikkel, ten spyte van die ironie dat albei die betrokke groepe oor die algemeen 'n betreklik hoë standaard van kulturele, maatskaplike en ekonomiese ontwikkeling bereik het (aan moderne Westerse standaarde gemeet). Nogtans is daar nie vir enige van die twee groepe amptelik 'n eindoogmerk in staatkundige ontwikkeling gestel nie. Dit is dus veilig om te beweer dat daar veel ruimte vir staatsregtelike ontwikkeling vir die Kleurlinge en Indiërs is. Wiechers[86] noem 'n paar moontlikhede: eerstens is daar die logiese uitvloeisel van 'n stelsel van parallelle ontwikkeling, nl 'n federasie; tweedens is daar die moontlikheid van 'n "soort" provinsiale stelsel (hy betwyfel dit egter of die verteenwoordigende Kleurlingraad – en dus ook die Indiërraad – ooit soveel magte sal verkry as 'n provinsiale raad van die Republiek); derdens bestaan die moontlikheid om aan die Kleurlingraad en die Indiërraad in 'n tweede senaat verteenwoordiging te gee om sodoende direkte seggenskap te kan uitoefen oor wetsontwerpe van die Suid-Afrikaanse parlement – so 'n "super"-senaat veronderstel egter steeds 'n hoogsontwikkelde stelsel van ondergeskikte verteenwoordigende regering waarin die betrokke bevolkingsgroepe hulle "basiese" burgerskapregte ten volle kan uitleef; vierdens kan die Kleurling- en Indiërraad ontwikkel word tot instellings soos die Transkeise wetgewende vergadering – maar dit sou steeds nie 'n eindontwikkeling wees nie. Laastens is daar natuurlik die moontlikheid om dié groepe geleidelik en volslae by die "Blanke" opset in te skakel.

Die slotsom met betrekking tot die Kleurlinge en Indiërs moet op hierdie stadium wees dat sonder 'n gegewe grondgebied waarop 'n selfstandige staat gebou kan word, allerhande ingewikkelde kunsgrepe nodig is om enigsins die indruk van staatsregtelike ontwikkeling te skep sonder om 'n beleid van staatsregtelike integrasie te volg. Of dit moontlik is om op die basis van parallelle geskeidenheid 'n eindpunt van konstitusionele wasdom vir al die geskeidenes te bereik is 'n moeilike vraag – was dit eenvoudig sou baie rasionaliserings, jare se politiekery en veel omseilings waarskynlik nooit plaasgevind het nie.

Dit sou miskien dan realisties wees om te sê dat dit in die huidige bedeling moontlik is dat die verteenwoordigende Kleurlingraad en die Suid-Afrikaanse Indiërraad uiters kan ontwikkel tot instellings met gelyke status as die provinsiale rade. Die noodwendigheid van 'n eie grondgebied speel in so 'n opset nie 'n oorheersende rol nie aangesien dit eerder gaan om verteenwoordiging van en dienslewering aan bepaalde groepe mense. In dié sin sal dié twee rade "hoogsontwikkelde, selfstandige staatsregtelike instellings" genoem kan word. Of hierdie staatsregtelike instellings egter die optimale genot van regte wat uit volwaardige burgerskap voortspruit, sal kan waarborg, is 'n ander vraag, en een vir die beantwoording waarvan die soewereine Suid-Afrikaanse parlement die verantwoordelikheid dra. □

---

[86]a w 13 e v. Weer eens word die moontlikheid van 'n algehele politieke, staatkundige en maatskaplike integrasie vir eers buite bespreking gelaat.

Insolvency of the Hire-Purchase Seller

Catherine Smith

*University of South Africa**

This subject will be dealt with under two headings, firstly the insolvency of a seller who has sold immovable property the purchase price being payable in instalments and secondly the insolvency of a seller who has sold movable property under a hire-purchase agreement.

The Insolvency Act, in section 84, deals fairly comprehensively with the consequences of the insolvency of the purchaser under a hire-purchase agreement but it does not deal with the question of the insolvency of the hire-purchase seller and hence the common law applies, apart from two statutory enactments which provide a modicum of relief for the hapless purchaser of immovable property on instalments whose seller's estate is sequestrated.

The general rule of our law is that real rights in land can only be validly constituted by registration coram lege loci. There are certain exceptions for example where land is acquired by prescription or marriage in community of property.[1] Otherwise transfer of immovable property must be registered in the name of the purchaser before he can be said to be the owner of that property. The fact that a purchaser has bought land and paid all or part of the purchase price does not constitute him owner of the land.

The decision in *Harris v Trustee of Buissinne*[2] embodies such well established law that it seems almost unnecessary to refer to it. However, mention of it is justified in this context if only for the purpose of bringing the two statutory enactments which I have already referred to into perspective. Dominium in land being vested in an insolvent immediately prior to the sequestration of his estate passes on his insolvency to his trustee for the benefit of the creditors of his insolvent estate. If, prior to insolvency, a seller had sold land and on his insolvency transfer has not yet been passed to the purchaser the purchaser cannot claim transfer but is left with a concurrent claim for restitution of that part of the purchase price paid and for damages for breach of contract. Generally speaking this claim at best might bring him fifty cents in the rand and at worst in-

---

*Paper delivered at the congress of the Society of University Teachers of Law in Durban on 10 July 1974.

[1] *Lucas' Trustee v Ismail and Amod* 1905 TS 239 242.

[2] 1850 2 M 105 108.

volve him in a contribution. Innes JA in the well known case of *Walker v Syfret*[3] set out succintly and eloquently what the object of the then Insolvent Ordinance was. He said:

> "The object of the Insolvent Ordinance is to ensure a due distribution of assets among creditors in the order of their preference. And with this object all the debtor's rights are vested in the Master or the trustee from the moment insolvency commences. The sequestration order crystallises the insolvent's position; the hand of the law is laid upon the estate, and at once the rights of the general body of creditors have to be taken into consideration. No transaction can thereafter be entered into in regard to estate matters by a single creditor to the prejudice of the general body".

So we have the position that where land has been sold, the purchase price being payable in instalments, and the estate of the seller is sequestrated, the purchaser cannot demand transfer against payment of the balance of the purchase price. The land is an asset in the insolvent's estate and the trustee has a discretion as to whether he should abide by the contract or resile from it. In the case of land with its sometimes staggering increase in value it might quite probably be in the interests of the general body of creditors for the contract to be cancelled, the property to be repossessed and sold and the proceeds divided amongst the creditors. The trustee will unquestionably act along these lines in appropriate circumstances to the chagrin of the purchaser. It is clear that a trustee in insolvency does not stand for all purposes of contract in the shoes of the insolvent; he is not bound to perform or perform in full executory contracts entered into by the insolvent before the sequestration of his estate;[4] he is particularly not so bound where performance would operate to the prejudice of the general body of creditors.

Although it is undoubtedly hard on the purchaser to be left with a concurrent claim and lose his right to the property, it is not in accordance with the principles of our law that such a purchaser should be given relief above other creditors. A person may for instance have a substantial claim against an insolvent estate for damages sustained in an accident caused by the negligence of the insolvent and he has to content himself with a concurrent claim.

Be that as it may. In 1926 the legislature decided that something should be done to accord a measure of relief to a purchaser under such circumstances. It accordingly did so, somewhat inadequately. Section 72 of the Insolvency Amendment Act 28 of 1926 provides that every purchaser of immovable property who has undertaken to pay the purchase price in instalments and who has paid not less than fifty per cent of the purchase price is entitled to demand from the seller transfer of the property on condition that, simultaneously with registration of transfer, a first mortgage bond must be registered in favour of the seller over the property to secure the balance of the purchase price and interest in terms of the deed of sale.

If the seller fails to give such transfer not later than three months after receiving such demand, the purchaser may treat the contract as can-

---

[3]1911 AD 141 166.
[4]*Consolidated Agencies v Agjee* 1948 4 SA 179 (N) 189.

celled and recover the purchase price paid by him with whatever damages he may have sustained. This enactment, while affording a degree of relief to a purchaser, does not give adequate protection. Firstly section 72 is obscurely housed. As Hiemstra J described it, it is the only surviving section of a virtually completely repealed act which was passed to amend the 1916 Insolvency Act and it is regrettable but true that many legal practitioners are unaware of it. In *Verryne v Van Zyl*[5] it is clear that Van Zyl's attorney did not know of the section. The facts of this case are as follows: Verryne bought certain property from Van Zyl. The deed of sale provided that transfer of the property was to be passed when the purchase price had been paid in full. After one half of the purchase price had been paid Verryne wrote to Van Zyl's attorneys asking for a transfer of the property with the simultaneous registration of a bond over the property in Van Zyl's favour. After refusal by Van Zyl and some further correspondence between the attorneys for the parties, Verryne's attorney wrote to Van Zyl's attorney informing him that Verryne elected in terms of section 72 to cancel the deed of sale. Verryne applied to court for an order cancelling the deed of sale, his application was dismissed but on appeal the full bench held in his favour.[6] It is apparent from Verryne's case that some judges and some practitioners are ignorant of the provisions of section 72. It may therefore be stated with impunity that by far the majority of purchasers are unaware of their rights in this regard.

Secondly a purchaser has the benefit of the section only after he has paid half of the purchase price. Before that he is without remedy. Thirdly a purchaser will have to meet the costs of transfer, which depending on the value of land may amount to a sizeable sum. It is probable that a purchaser who was financially weak enough that he had to have recourse to an instalment sale would not be in a position to raise this amount. Section 72 can accordingly be said to provide only a very tenuous form of relief.

The next act to be passed, one of the purposes of which was presumably to alleviate the position of the purchaser, was the Sale of Land on Instalments Act 72 of 1971. This act regulates contracts of purchase and sale of land under which the purchase price is payable in instalments over a period of one year or longer. Section 14 deals with the sale in execution of land which has been sold under a contract, or insolvency of the registered owner of such land. In terms of section 14(1) where land, which is the subject matter of an instalment sale agreement, is sold in execution the purchaser's claim for the portion of the purchase price which he has paid is accorded a preference in that it ranks directly after a claim which is secured by a mortgage bond over that land. This section does not apply where land is sold pursuant to the sequestration of the owner's estate. On the seller's insolvency the purchaser may take transfer of the land he has purchased if he can make arrangements to the satisfaction of the master of the supreme court for the payment of the outstanding balance. Such arrangements must be made within six months of the date when the trustee

---

[5]1962 2 SA 152 (T) 153.
[6]*Verryne v Van Zyl* 1963 1 SA 592 (T).

called upon the purchaser to take transfer of the land. This the trustee must do in terms of section 14(2). This six month period applies where the land in question is not encumbered by a mortgage bond. Where it is encumbered, arrangements must be made within thirty days of the date that the purchaser was called upon to take transfer, for the payment of the balance outstanding under the mortgage bond or the balance outstanding under the contract, whichever is the greater. One questions if this act really affords any relief at all. A purchaser who in the first instance was unable to raise sufficient money to purchase the property outright is unlikely to be able to raise the amount necessary to pay the outstanding balance. One thing is abundantly clear and that is that the legislature has no intention of creating some form of hypothec or preference in favour of a purchaser under those circumstances. All the legislature has done is to enable the purchaser to take transfer if he can pay the balance of the purchase price, which is something of a concession after all.

Now let us turn to the question of the insolvency of the seller who has sold movables under a hire-purchase agreement. The seller's insolvency does not of itself terminate a hire-purchase agreement. If the trustee decides to abide by the contract he must perform all the duties which the insolvent himself had to perform. There can be no doubt but that the trustee can elect to cancel the contract. On insolvency all the insolvent's assets vest in the master and subsequently in the trustee. The ownership of hire-purchase goods vests in the seller until the last instalment has been paid. Should the seller's estate be sequestrated during the currency of the hire-purchase agreement ownership of the goods will cease to vest in the seller and will vest in the trustee who has the right to repossess should he consider this to be to the benefit of the general body of creditors. The purchaser enjoys no security and he cannot demand that ownership in the goods be passed to him. It is necessary at this stage to make some mention of the objects of the Insolvency Act. Firstly, the primary object of the act is that the sequestration should be for the benefit of creditors, not one creditor or some creditors but the general body of creditors. As Caney J said:

> "No concurrent creditor can be paid in full or given a preference he does not already enjoy: a jus in personam cannot be converted into a jus in rem. The estate cannot be deprived of an asset or its value to creditors reduced".[7]

Secondly, a creditor loses any right which he may have had against the debtor and must share proportionately with other creditors in the assets of the insolvent estate. So instead of a creditor individually pursuing the remedies available to him in the courts of law he becomes part of a concursus creditorum which comes into existence on insolvency. The purchaser's only remedy is a concurrent claim for repayment of what he has paid and whatever damages he may be entitled to.

This interpretation or view of the law finds support from Flemming[8] and from Hahlo and Kahn[9] and I do not think that there can be any doubt

---

[7] *Ward v Barrett* 1962 4 SA 732 (N) 736.
[8] *Huurkoopreg* 1st ed 189.
[9] 68 (1951) *SALJ* 98.

but that it is the correct interpretation. However, mention must be made of a contrary view. Diemont and Marais[10] state unequivocally that provided the purchaser continues to fulfil his obligations in terms of the agreement, the trustee will have no right to demand that he surrender the goods sold. It is interesting to note that in the first edition of this book the authors expressed this opinion. In the 2nd edition the view was expressed that the trustee could demand that movables sold on hire-purchase be surrendered to him and that the purchaser would be obliged to comply with this demand and lodge a concurrent claim for damages. In the 3rd edition of the book, the authors reverted to the view originally expressed in the 1st edition. Unfortunately, however, beyond stating that the idea that a trustee may repossess the hire-purchase goods finds no support in the common law and is in conflict with the elementary law of contract, the authors advance neither convincing argument nor authority in support of their view. The reasoning of the authors is with respect open to criticism on the following grounds: the authors say that the idea that a trustee may repossess hire-purchase goods finds no support in the common law. This argument does not hold water. It is true that there is no authority directly in point but why should we not look to the law relating to immovable property sold in similar circumstances for guidance and apply the same principles as enunciated in *Buissinne's* case?

Furthermore modern insolvency law is based to a large extent on our common law. To use the words of Van Den Heever J —

> "our enactments relating to insolvency serve to create the machinery for the realization and distribution of insolvent estates and to regulate the proceedings to that end, rather than to alter the basic concept of a concursus creditorum."[11]

A concourse of creditors results in an orderly sharing on a just basis of *all* the assets in the insolvent estate.

Hahlo and Kahn suggested in their article to which I referred before that immediate legislative intervention was required for the protection of the purchaser on hire-purchase of movables, and that effective protection should be given to the purchaser of land on hire-purchase in the case of the seller's insolvency. They suggest that the creation of a real right in favour of the purchaser of land on conclusion of the sale seems the ideal solution. It is suggested, with respect, that this form of relief cannot be justified. Why should the purchaser be benefited at the expense of a concurrent creditor who for example has suffered serious bodily injury because of the negligence of the insolvent. Insolvency must almost inevitably result in loss to all creditors. The purchaser of property whether movable or immovable who has paid portion of the purchase price but not acquired ownership of that property must suffer with the other creditors. □

---

[10] *The Law of Hire-Purchase in South Africa* 3rd ed 186.
[11] *Richter v Riverside Estates (Pty) Ltd* 1946 OPD 209 213.

Die Begrip "Toe-eiening" in die Omskrywing van Diefstal

C R Snyman

Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

No precise or satisfactory definition of the *actus reus* required for theft is given by describing it as *contrectatio*. This term technically means the physical touching or handling of an individual, concrete thing. Because of the demands of modern economic society, our criminal law to-day recognises that theft can be committed by means other than *contrectatio* in its original technical sense. It is submitted that a better and more accurate description of the *actus reus* can be given by describing it simply as an "appropriation". This was also recently done in the definition of theft in the new Theft Act of 1968 in England (s 1(1)).

To appropriate the property of another means, firstly, to arrogate to oneself the rights of an owner towards the thing. This, however, is not sufficient to constitute an appropriation, otherwise it will be difficult or impossible to separate attempted theft from completed theft. In addition one must require that the person who appropriates must by his actions deprive the actual owner of his property. Only when both these actions or results have been effected, is the act of appropriation complete. The term "appropriation" at the same time also refers to the intention requisite for theft: the person who appropriates must have the intention of appropriating the thing, i e the intention to arrogate to himself the rights of the owner and the intention to deprive the owner of his property. What is most important is the further requirement that the thief must have the intention *permanently* to deprive the owner of his property. If he wants to hand back the property to the owner after temporary use, he still respects and acknowledges the rights of the owner over his property.

By requiring for theft an intentional appropriation of property, one incorporates what is at present required for theft by our courts, namely an intention permanently to deprive the owner. By merely requiring the latter intention without additionally requiring an intention to appropriate the property (as our courts sometimes do), the distinction between theft and malicious injury to property becomes blurred. This danger is avoided when one works with the concept of "appropriation". "Appropriation" at the same time implies that the thief should have an intention to acquire some gain i e that he should have acted *lucri faciendi gratia*, as was required in the common law. His gain is simply the exercising of the rights of an owner over the property.

I

Dit behoef nouliks betoog dat die misdaad diefstal, ten spyte van die feit dat dit seker een van die bekendste afsonderlike misdade in die strafreg is, besondere probleme bied vir die juris wat hierdie misdaad se elemente wetenskaplik wil omskryf. Van die belangrikste redes hiervoor is eerstens die feit dat diefstal in die Suid-Afrikaanse reg so 'n wye veld dek en tweedens die omstandigheid dat ons hier met 'n gemeenregtelike misdaad te doen het waarvan die grondbegrippe meer as tweeduisend jaar gelede al in die Romeinse reg vasgelê is, terwyl die behoeftes van die moderne samelewing in baie opsigte wesenlike aanpassing van hierdie grondbegrippe verg.

Die aspekte van die misdaad waar verwarring en onduidelikheid die maklikste kan voorkom, is by die aard van die handeling wat vereis word asook by die besondere gesindheid wat by die dader aanwesig moet wees tydens die pleging van die misdaad. Dat opset 'n vereiste vir diefstal is, dit wil sê dat nalatigheid nie die vereiste skuldvorm is nie, dat die dader moet besef dat hy wederregtelik optree ten opsigte van 'n roerende liggaamlike saak wat hom nie toekom nie, was nog altyd vereis in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg, en is 'n vereiste vir diefstal in alle beskaafde regstelsels. Dit staan egter vas dat nie elke wederregtelike, opsetlike handeling ten opsigte van andermansgoed noodwendig diefstal is nie. Dit kan ook misdade soos brandstigting en saakbeskadiging wees, of nie-dieftige handelinge soos die wegsteek van 'n ander se saak, die blote veroorsaking van ongerief vir die reghebbende, of selfs, volgens ons positiewe reg, die blote tydelike gebruik van 'n saak of die neem van die saak as pand vir 'n skuld wat die reghebbende aan die dader verskuldig is. (Laasgenoemde twee handelinge kom volgens ons positiewe reg nie neer op diefstal nie[1]). Ten einde diefstal te konstitueer, moet die dader se opset egter, naas die besondere geaardheid van die saak en naas die wederregtelikheid, ook iets addisioneels omvat, wat soms al beskryf is as die opset om 'n voordeel of wins te verkry, soms as die opset om die reghebbende sy saak blywend te ontneem en soms as die toe-eieningsgesindheid. Die doel van hierdie artikel is om aan te toon dat dit juis hierdie opset om die saak toe te eien is wat vereis behoort te word, en ook om kortliks aan te toon wat onder "toe-eiening" verstaan behoort te word.

Dit staan vas dat ons positiewe reg vandag nie meer vereis dat die dief die opset moes gehad het om 'n wins of voordeel deur sy handeling te verkry nie.[2] In die Romeinse en Romeins-Hollandse reg is wel vereis dat die dader *lucri faciendi gratia* moes opgetree het alvorens hy vir *furtum* aanspreeklik kon wees.[3] Een van die belangrikste redes vir hierdie vereiste was die wye handelingsbegrip waarmee in hierdie regstelsels gewerk is, te wete *contrectatio*. Onder *contrectatio* is in beginsel altyd 'n fisiese aanraking van die saak deur die dader verstaan.[4] Die *lucrum*-vereiste moes *furtum* veral afbaken van

---

[1] *R v Sibiya* 1955 4 SA 247 (A) t a v die tydelike gebruik van 'n saak, en *S v Van Coller* 1970 1 SA 417 (A) t a v die geval van die neem van 'n saak as pand.

[2] *Maswana v R* 1909 EDC 352; *R v Siboya* 1919 EDL 41; *R v Laforte* 1922 CPD 487 en *R v Kinsella* 1961 3 SA 519 (K). Slegs in *R v Rautenbach* 1943 OPD 60 en (by implikasie in *R v Harlow* 1955 3 SA 259 (T) skyn die *animus lucri faciendi* enige erkenning in ons regspraak te gekry het.

[3] Sien Paulus se beroemde definisie van *furtum* in *D* 47 2 1 3 wat net so oorgeneem is deur byna al die Romeins-Hollandse skrywers wat oor diefstal geskryf het, bv Voet *ad Pandectas* 47 2 1; Vinnius *Institutionum Imperialium Commentarius* 4 1 1 en Matthaeus *de Criminus* 47 1 1. Van Leeuwen *Rooms Hollands Regt* 4 38 1 is blykbaar die enigste skrywer wat geen melding maak van die vereiste nie. Van der Keessel *Praelectiones ad Ius Criminale* 47 2 8 noem dit wel maar twyfel of dit werklik wenslik is om dit as vereiste vir diefstal te stel.

[4] Van die menigvuldige tekste oor *contrectatio* sien veral *Inst Just* 4 1 3; *Gaius Inst* 3 184; *D* 47 2 5; *D* 47 2 68 *pr*; *D* 41 2 3 18 en *D* 47 2 52 19 waarin verklaar word *neque verbo neque scriptura quis furtum facit*. Enkele tekste wat moontlik mag dui op 'n wyer handelingsbegrip, soos *D* 47 2 52 7; *D* 47 2 68 *pr*; *D* 47 2 67 2; *D* 47 2 37 en *D* 47 2 52 22 doen nie afbreuk aan die algemene beginsel nie. Alan Watson "Contrectatio as essential to furtum" 1961 *Law Quartely Review* 526 se gevolgtrekking na 'n deeglike

kwaadwillige saakbeskadiging (*damnum iniuria datum*) waar daar tog ook 'n (opsetlike) fisiese aanraking van die saak was, maar waar die dader geen voordeel vir homself daaruit wou verkry nie.[5] Ons regspraak gebruik vandag nog steeds die term *contrectatio* maar bloot as benaming vir die handelingselement by diefstal. Meestal word vandag hieronder enige handeling verstaan waardeur die dader die effektiewe beheer of kontrole oor die saak verkry.[6] Ons howe het, onder invloed van die Engelse reg, die *lucri faciendi gratia*-vereiste oorboord gegooi en dit vervang deur die vereiste dat die dader die opset moet hê om die reghebbende die voordele van sy eiendomsreg permanent te ontneem.[7]

Hier word aan die hand gedoen dat daar sowel wat die handeling as die opsetsvereiste by diefstal betref (soos dit betrekking het op die handeling) eenvoudig met die toe-eieningsbegrip gewerk behoort te word. In die plek van *contrectatio* behoort dan 'n toe-eieningshandeling vereis te word en as besondere opset behoort in plaas van die opset om voordeel of wins te verkry of die opset om die reghebbende sy saak permanent te ontneem, eenvoudig die toe-eieningsopset vereis te word. Soos aangetoon sal word, word die bestaande reg nie noodwendig hierdeur *vervang* deur heeltemal vreemde vereistes nie, maar word dit wat vandag in effek vir diefstal in Suid-Afrika vereis word na my mening net op 'n meer wetenskaplike voet

---

ondersoek van die tekste wat handel oor *contrectatio*, is dat: "There are no texts which give a clear definition that there is *furtum* although there has been no handling" (bl 532). Sien ook T Mommsen *Römisches Strafrecht* (1899) 57–58, wat *contrectatio* vertaal met "berühren." Ons gemeenregtelike skrywers het byna almal die letterlike betekenis van *contrectatio* gevolg soos dit uit die Romeinse reg afkomstig is. Sien bv Huber *Hedendaagse Rechtsgeleertheyt* 6 5 2; Matthaeus a w 47 1 1; Westenburg *Principia Iuris* 4 1 12 (*contrectare est loco movere*) en Vinnius a w 4 1 1 (*contrectare est rem manu tractare et loco movere*). Voet a w 47 26 erken oënskynlik 'n wyer vorm van *contrectatio*, wat hy *contrectatio civilis* noem, maar wat in die meeste gevalle net neerkom op medepligtigheid tot diefstal waar daar wel 'n eintlike dader was wat die saak aangeraak het.

[5] *D* 9 2 27 21; *D* 47 2 23 *pr* en *D* 47 2 51: indien jy iemand anders se beeste oor 'n afgrond jaag, is jy net aanspreeklik op grond van *damnum iniuria datum* onder die *lex Aquilia* en nie op grond van *furtum* nie. Watson "The definition of furtum and the Trichotomy" 1960 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 199: "And how other in Roman law would one conceive *animus furandi* than as an intention to make gain? It cannot merely mean 'to deprive the owner' since that could be done by destroying the object, which would give rise not to an *actio furti* but to an *actio legis Aquiliae*." Sien ook Van Eck *Principia Iuris* 47 2 8: *furtum non admittere eos qui non lucri faciendi sed vel damni dandi, vel libidinis, vel contumeliae causa, rem alienam contrectant.* Gelykluidend is Westenburg a w 4 1 20; Matthaeus a w 47 11 7 en *Perezius Praelectiones Codicis* 6 2 2.

[6] *R v Brand* 1960 3 SA 637 (A); *R v Mkwanazi* 1960 2 SA 248 (N) 251F. Hunt *South African Criminal Law and Procedure* vol 2 570 bespreek ons regspraak uitvoerig en lei af dat "an assumption of control" vereis word. Beslissings wat handel oor die grens tussen voltooide en onvoltooide *contrectatio* skyn almal te vereis dat die dief die kontrole daadwerklik moes verkry het. Sien bv *Zulu v S* 1967 1 PH H19 (N); *S v Agmat* 1965 2 SA 874 (K); *R v Jacobs* 1955 2 PH H187 (W) en *S v Josiya* 1970 4 SA 549 (R). Aan die ander kant moet egter in gedagte gehou word dat "(when it comes to theft of an individual object like a beast, however, the rule still seems to be that there must be an actual physical dealing with the thing concerned or some conduct which is akin to physical dealing" (*R v Strydom* 1952 2 SA 397 (T) 399–400). Beslissings wat lg reël toepas is o a *R v Makonie* 1942 OPD 164; *R v Nhleko* 1920 TPD 231; *R v Lethothlane* 1952 1 PH H32 (O); *S v Kumbe* 1962 3 SA 197 (N) en *S v Matlare* 1965 3 SA 326 (K).

[7] *R v Sibiya* supra. Omtrent die graad van permanentheid wat met die ontneming bedoel moet wees, sien *R v Mtshali* 1960 4 SA 252 (N) 254.

geplaas. Sodoende word die vereistes vir diefstal na my mening terselfdertyd ook eenvoudiger en helderder geformuleer.

Die begrip "toe-eiening" by diefstal is by uitstek in die vastelandse strafregstelsels, en veral in die Duitse strafreg, wetenskaplik geanaliseer. In die bespreking van die toe-eieningsbegrip wat volg, sal met vrug gebruik gemaak word van die wetenskaplike verdieping wat hierdie begrip in die Duitse strafreg ondergaan het. Die term "toe-eiening" het betrekking op die toe-eieningshandeling sowel as die toe-eieningsopset. Indien 'n mens met die toe-eieningsopset as vereiste werk, moet 'n mens noodwendig wanneer jy by die handelingselement kom 'n "toe-eieningshandeling" vereis. Ten einde die toe-eieningsbegrip dus as sodanig te bespreek, moet die handelings- sowel as die opsetvereiste by diefstal betrek word. Daar sal eerstens gelet word op die handelingselement.

II

Die mees voor-die-hand-liggende betekenis van toe-eiening is "enige handeling ten opsigte van 'n saak waardeur die dader hom gedra *asof* hy die eienaar of reghebbende is" (*se ut dominum gerere*). Anders gestel: die dader matig hom die regte of bevoegdhede van die eienaar aan. So 'n omskrywing van toe-eiening is nie heeltemal verkeerd nie. Die beswaar hierteen is egter dat dit 'n oorvereenvoudiging is van wat werklik gebeur wanneer iemand hom 'n ander se saak toe-eien. Daar moet nog 'n verdere kwalifikasie bygevoeg word, te wete ". . . waardeur die eienaar of reghebbende daadwerklik uitgesluit word van sy bevoegdhede ten opsigte van sy saak". Daar is twee redes waarom die blote aanmatiging van die bevoegdhede van die reghebbende nog nie toe-eiening is nie. Eerstens: indien dit so was, sou dit moeilik, indien nie onmoontlik nie, wees om diefstal van poging tot diefstal te onderskei. Ook die persoon wat slegs poog om te steel, gedra hom teenoor die saak asof hy die eienaar is, of matig hom laasgenoemde se bevoegdhede teenoor die saak aan. Die tweede rede waarom die addisionele vereiste vir toe-eiening gestel moet word dat die reghebbende daadwerklik uitgesluit moet word om sy bevoegdhede oor die saak uit te oefen, is ten einde te verhoed dat diefstal andersins aangeneem word in gevalle waar die werklike reghebbende sy saak nog die heel tyd veilig behou, ten spyte van die feit dat die dader hom die reghebbende se bevoegdhede daaroor aanmatig. Ek gaan staan bv langs iemand anders se motor en gee aan 'n derde te kenne dat die motor my eiendom is en "verkoop" die motor aan die derde. 'n Mens kan selfs aanneem dat die derde aan my die koopsom betaal het. Dit alleen, dit wil sê sonder die verwydering van die motor deur die derde waardeur die eienaar uitgesluit word van sy bevoegdhede oor sy saak, is nog nie diefstal nie ten spyte van die feit dat ek my gedra het asof ek die eienaar is.[8] Die

---

[8]K Binding *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrecht Besonderer Teil* (1969-herdruk van 1902-uitgawe) 270; R Paulus *Der Strafrechtliche Begriff der Sachzueignung* (1968) 50–51 In Engeland omskryf a 3(1) van die *Theft Act* 1968 "appropriation" (wat die essensie van *theft* is) slegs as "any assumption by a person of the rights of an owner", sonder om ook 'n ontneming van die saak te vereis. Tot welke onbevredigende resultate dit lei blyk uit wat Cross and Jones *An Introduction to Criminal Law* 6e uitg (1968) 175 verklaar: "If A points to B's empty car drawn up outside A's house and says to C: 'That car is mine, you can have it and drive it away at once', A is guilty of theft of the car for he appropriated it with the dishonest intention of depriving B through C perman-

dief en die eienaar wat teenstrydige aansprake op die saak het, kan tog nie albei terselfdertyd beheer of kontrole oor die saak uitoefen nie.

Twee dinge gebeur dus wanneer 'n persoon hom 'n ander persoon se saak toe-eien: eerstens word die reghebbende daarvan weerhou om sy bevoegdhede oor die saak uit te oefen en tweedens oefen die dader daardie bevoegdhede self uit in die plek van die reghebbende. Daar is dus eers 'n ontneming en dan 'n verkryging. Eers as albei teenwoordig is, is daar voltooide toe-eiening. So word in die Duitse strafreg die vereiste gestel dat toe-eiening ("zueignung") bestaan uit twee komponente, te wete eerstens "enteignung" ofte wel ontneming of uitsluiting van die reghebbende, en tweedens "aneignung", dit is die aanmatiging deur die dader van die bevoegdhede van die reghebbende.[9] Net soos die blote aanmatiging of verkryging van die bevoegdhede van die reghebbende nog nie noodwendig die voltooide toe-eieningshandeling daarstel nie (soos pas hierbo gesien is), net so is die blote ontneming ook nie voldoende nie, want dan sou bv saakbeskadiging of blote saakvernietiging altyd ook diefstal wees.[10] Die feit dat die toe-eieningsbegrip bestaan uit hierdie twee genoemde komponente beteken verder nie dat daar noodwendig twee verskillende handelinge moet plaasvind nie. Dit beteken slegs dat by die voltooide diefstalhandeling albei hierdie gebeurtenisse of gevolge daadwerklik moes ingetree het. By diefstal in sy mees alledaagse verskyningsvorm, nl saakonttrekking, geskied die uitsluiting van die reghebbende en die aanmatiging van laasgenoemde se bevoegdhede deur die dader byna in die reël deur slegs een handeling, nl die wegneem van die saak,[11] maar in uitsonderlike gevalle kan hierdie twee komponente van toe-eiening deur twee afsonderlike handelinge geskied.[12]

Om gebruik te maak van die begrip "toe-eiening" om die handeling by diefstal te tipeer, sou minstens meer wetenskaplik wees as om nog krampagtig vas te klou aan die reeds uitgediende *contrectatio*-begrip. Ons howe erken tereg alreeds vir 'n geruime tyd dat diefstal ook op ander maniere gepleeg kan word as deur die fisiese aanraking en hantering van individuele voorwerpe. Die beste illustrasie hiervan is miskien die diefstal van geld deur

---

ently of the car." In ons eie regspraak is daar die bekende geval van *R v Makonie* supra waarin die feite wesenlik dieselfde was, en waarin die hof tereg geweier het om diefstal aan te neem.

[9]L Ebermayer en andere *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar* 8e uitg (1958) vol 2 317 e v; *Paulus* a w 112–113 197 en 220; A Schönke en H Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar* 15e uitg (1970) 1217: "In materieller Hinsicht enthält somit die Zueignung zwei Komponenten: eine negative, die in der Verdrängung des Eigentümers aus seiner wirtschaftlichen Position besteht, indem ihm die Sachsubstanz . . . endgültig entzogen wird ('Enteignung' . . .) und eine positive, die in der Einverleibung der Sache in das Vermögen des Täters . . . besteht ('Aneignung')"; Binding a w 267 volgens wie toe-eiening 'n "onteiening met die doel om toe te eien" ("enteignung zum Zwecke der Aneignung") is; K Binding *Die Normen und ihre Übertretung* 2e uitg (1916) vol 2 1036; Kohlrausch-Lange *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen* 42e uitg (1959) 530; H Welzel *Das Deutsche Strafrecht* 10e uitg (1967) 321.

[10]Binding *Lehrbuch* 267; Schönke en Schröder a w 1093 en Paulus a w 112–113.

[11]Binding *Normen* 1038.

[12]bv waar 'n persoon ware van die trein afgooi terwyl die trein beweeg ten einde dit op 'n latere stadium weer te gaan optel. As hy betrap word nadat hy die ware afgegooi het en voordat hy dit weer vir hom kon optel, is dit slegs poging tot diefstal, want daar was nog slegs 'n ontneming. Sien Schönke en Schröder a w 1216.

middel van die ongeoorloofde manipulasie van tjeks en rekeninge.[13] *Contrectatio* was miskien 'n bevredigende maatstaf in die samelewing van 'n paar eeue gelede met sy byna primitiewe ekonomie wat hoofsaaklik op die landbou geskoei was. In die moderne samelewing met sy ingewikkelde ekonomiese struktuur is die meer abstrakte toe-eieningsbegrip veel beter as die *contrectatio*-begrip in staat om te beskryf wat presies by die diefstalhandeling gebeur, tensy 'n mens die oorspronklike betekenis van laasgenoemde term oorboord gooi en dit slegs gebruik as 'n tegniese "geleerde woord" om die diefstalhandeling te beskryf. So 'n metode het egter die nadeel dat dit een van die kernvrae by diefstal, nl die vraag welke handelinge diefstalhandelinge is, omseil en misken. Misdaadomskrywings behoort, veral vir die leek,[14] so helder en verstaanbaar as moontlik te wees en juis daarom is 'n omskrywing van diefstal in die voetspoor van die toe-eieningsbegrip ("die wederregtelike opsetlike toe-eiening van sekere soort sake") veel beter as 'n omskrywing van diefstal as "die wederregtelike *contrectatio* van sekere soort sake met die opset om te steel".[15] Dit is in hierdie verband veelseggend dat daar selfs in Engeland sedert die invoering van die *Theft Act* 1968 gewerk word met die begrip "toe-eiening" ("appropriation") as omskrywing van die handelingsvereiste by *theft*.[16] In hierdie opsig is die posisie in die Engelse reg nou meer in ooreenstemming met die omskrywing van diefstal in baie vastelandse regstelsels, wat ook met die toe-eieningsbegrip werk.[17]

---

[13]bv *S v Kotze* 1965 1 SA 118 (A) waarin die appèlhof beslis het dat A, die werknemer en verteenwoordiger van prinsipaal B, diefstal pleeg van geld, die eiendom van B, indien hy tjeks ten opsigte van die fondse wat B toekom, ontvang en die fondse wat die tjeks verteenwoordig tot die voordeel van B moet belê, teen sekuriteit en rente, maar hy deponeer die tjeks ter vereffening van sy privaat skulde. Vir soortgelyke gevalle vgl *R v Frisby* 1932 SWA 8; *R v Frazer* 1928 AD 484; *R v Weiss* 1934 AD 41; *R v Gush* 1934 AD 260; *R v Milne and Erleigh* 1951 1 SA 791 (A) veral te 865C en 878A en *S v Verwey* 1968 4 SA 682(A).

[14]Hierdie feit is veral t o v die misdaad diefstal beklemtoon deur ar Schreiner in *R v Sibiya* supra 256.

[15]Vgl Hunt a w 566 se omskrywing van diefstal, te wete "theft consists in an unlawful *contrectatio* with intent to steal of a thing capable of being stolen." Dit is geen werklike omskrywing nie, want *contrectatio*, "intent to steal" en "thing capable of being stolen" is juis dit wat nog gedefinieer moet word! Sien ook SA Strauss se soortgelyke kritiek teen hierdie omskrywing in 1971 *SALJ* 129 137. Sien ook JC de Wet se skerp kritiek teen die *contrectatio*-begrip in 1950 *THRHR* 243 waarin hy beweer dat dit onsuiwer is om *contrectatio* te probeer red deur daaraan 'n fisiese betekenis te gee.

[16]Sien a 1(1) van die wet, wat kortweg bepaal: "A person is guilty of theft if he dishonestly appropriates property belonging to another with the intention of permanently depriving the other of it."

[17]Sien a 242 en 246 van die Duitse Strafwetboek en a 310 en 321 van die Nederlandse Strafwetboek. Alhoewel toe-eiening nie as sodanig vereis word in a 379 van die Franse Strafwetboek (wat diefstal omskryf) nie, word dit nogtans vereis deur die positiewe reg – sien E Garcon *Code Penal Annoté* (1956) vol 2 618 en 616: "elle (di toe-eiening) consistera á usurper la possession de la chose d'autrui, animo domino, sachant q'uelle appartient á autrui"; R Vouin *Précis de Droit Pénal Spécial* 2e uitg (1968) 25 en 26 en F Goyet *Droit Pénal Spécial* 7e uitg (1958) 514. Volgens GH Gordon *The Criminal Law of Scotland* (1967) 402 "[i]t is possible to define theft in Scots law without reference to 'taking' simply by describing it as the unlawful appropriation of the goods of another." A 206 1(1) van die eerste ontwerp (1953) van die Amerikaanse *Model Penal Code* bepaal eenvoudig: "A person commits theft if he appropriates property of another without his effective consent . . ." (sien *Model Penal Code. Tentative Drafts. The American Law Institute* (1956) 51).

III

Soos hierbo aangetoon, behels die toe-eieningsbegrip vervolgens dat daar ook 'n toe-eieningsopset aan die kant van die dader aanwesig moet wees. Die feit dat hy 'n toe-eieningshandeling verrig, moet by die dader se opset inbegrepe wees. (Die dader se opset moet natuurlik ook die saak- en die wederregtelikheidselement omvat, maar slegs die opset ten aansien van die handeling, dit wil sê die toe-eieningsopset, word tans hier bespreek). Wat so pas hierbo gesê is van die toe-eieningshandeling is *mutatis mutandis* ook op die toe-eieningsopset van toepassing. Dit behels die opset om die reghebbende sy bevoegdhede oor die saak te ontneem sowel as die opset om self, in die plek van die reghebbende, daardie bevoegdhede oor die saak uit te oefen.

Die opset om die reghebbende sy saak te ontneem, word in 'n belangrike opsig nog verder verfyn deur die vereiste dat die dader die opset moet hê om die reghebbende sy saak *blywend* te ontneem. Wanneer hy die reghebbende sy saak slegs tydelik wil ontneem, beteken dit dat hy nog deurgaans laasgenoemde se eiendomsreg of bevoegdhede oor die saak erken en respekteer. Dit is in stryd met die hele wese van toe-eiening. "Toe-eiening" in sy mees populêre betekenis beteken tog "om 'n saak jou eie te maak", en dit is nie die geval waar die dader van plan is om die saak in 'n wesenlik ongeskonde toestand kort voor lank weer aan die reghebbende terug te gee nie.[18] Hierdie aspek van die toe-eieningsbegrip het belangrike praktiese gevolge: Dit bring mee dat die blote gebruiksaanmatiging van 'n saak, waar die dader die saak net tydelik wil gebruik en dit dan weer wil teruggee (*furtum usus*) geen toe-eiening en dus geen diefstal is nie. Hierdie gevolgtrekking is volkome in ooreenstemming met ons positiewe reg wat lank reeds die "intention permanently to deprive the owner" vir diefstal vereis.[19] Toe die appèlhof in 1955 in *R v Sibiya*[20] finaal beslis het dat *furtum usus* nie meer in ons reg as diefstal beskou word nie, was dit slegs 'n logiese toepassing van hierdie beginsel. Weliswaar is *furtum usus* in die Romeinse reg[21] en, na alle waarskynlikheid, ook in die Romeins-Hollandse reg[22] as 'n vorm van diefstal

---

[18]Welzel a w 321; R Maurach *Deutsches Strafrecht Besonderer Teil* 4e uitg (1964) 198; Schönke en Schröder a w 1219–1220 en Ebermayer a w 324. Vgl ook *S v Van Coller* supra 425–426: "it is difficult to accept that once an intent to keep as security is postulated, the indefiniteness of the keeping . . . necessarily implies an intention to deprive the owner 'of the whole benefit of his ownership' . . .[*b*]*is ownership remains acknowledged*" (my kursivering). Sien ook Gordon a w 451: "Appropriation *involves* an intention to deprive the owner permanently of his goods" (my kursivering).

[19]*R v Rish* 1 Roscoe 31; *Q v Dier* 3 EDC 436; *R v Fortuin* 1 Buch AC 290; *R v Olivier* 1921 TPD 120; *R v Laforte* supra veral te 493; *R v Smulian* 1928 TPD 762; *R v Roberts* 1932 CPD 87; *R v Taljaard* 1950 4 SA 323 (K); *R v Marais* 1947 3 SA 667 (GW) en *R v Sibiya* supra.

[20]supra.

[21]*D* 12 2 15; *D* 47 2 48 4; *D* 47 2 76; *D* 47 2 82; *D* 47 2 52 20; *D* 47 2 46 7.

[22]Voet a w 47 2 15; Huber *Praelectiones Juris Civilis* 3 47 2; Groenewegen *De Leg Abrog ad Inst* 4 1 6 en 7; Van der Keessel a w 47 2 10 en Matthaeus a w 47 1 1 8. Ons ou skrywers, wanneer hulle met *furtum usus* te doen het, praat net van gevalle van ongeoorloofde gebruik van 'n saak wat met die eienaar se toestemming in die hande van die dader gekom het en wat gebruik word strydig met die wense van die eienaar. Hulle swyg oor gevalle waar die dader 'n ander se saak eers uit lg se besit onttrek, dit tydelik benut en dan weer terugbesorg aan die dader. In sake soos *R v Mtaung* 1948 4 SA

beskou, en weliswaar het die "intention permanently to deprive the owner" *via* die Engelse reg in ons reg ingang gekry. Feit bly egter staan dat die huidige stand van ons reg in hierdie verband nie net in ooreenstemming met die toe-eieningsbegrip is nie, maar ook ooreenstem met die posisie in die meeste strafregstelsels in Europa, waar sodanige gedrag nou wel nie straffeloos gelaat word nie maar as 'n afsonderlike misdaad strafbaar gestel word.[23]

Uit bogenoemde volg natuurlik nie dat ons howe bloot omdat hulle vereis dat die dief die opset moet hê om die eienaar sy saak blywend te ontneem met die begrip "toe-eiening" as vereiste vir diefstal werk nie. Om 'n ander persoon bloot sy saak te ontneem (al is dit ook permanent bedoel), is nog geen toe-eiening van die saak nie. Vir toe-eiening word addisioneel die daadwerklike verkryging en uitoefening deur die dader van die bevoegdhede van die eienaar vereis.

IV

Die toe-eieningsbegrip gee terselfdertyd ook uitdrukking aan die vereiste wat in ons gemene reg gestel is dat die dief *lucri faciendi gratia* moes opgetree het. Die voordeel (*lucrum*) wat die dader verkry, is in die terminologie van die toe-eieningsbegrip die regte en bevoegdhede van die eienaar of reghebbende wat die dader deur sy toe-eieningshandeling verkry. Binding het tereg beweer dat toe-eieningsmisdade altyd die karakter van verrykingsmisdade het: die dader omskep die verlies van die reghebbende in wins vir homself.[24] Net soos wat daar geen diefstal kan wees sonder 'n verkryging of 'n voordeel nie, so kan daar om hierdie rede ook geen diefstal wees sonder 'n ooreenstemmende verlies of skade nie.[25]

120(O) en *R v Sibiya* supra kon ons howe maar net spekuleer oor wat ons ou skrywers gedink het van lg geval. Buitendien was ons skrywers van mening dat die openbare gesag selfs nie meer in eg gevalle vervolgings ingestel het nie, blykbaar omdat dit 'n te geringe oortreding was.

[23]a 290 en 248b van die Duitse Strafwetboek; a 37 van die Wegenverkeerswet 1950 in Nederland; a 467b van die Oostenrykse Strafwetboek; a 143 van die Switserse Strafwetboek en a 11 12 47 en 48 van die *Theft Act* 1968 in Engeland. Ivm die nie-strafbaarheid van gebruiksaanmatiging in Frankryk, sien Garcon a w 620: "Le vol d'usage *furtum usus* n'est plus puni dans notre droit; pour qu'il ait intention de s'approprier la chose d'autrui, il faut que l'auteur de l'enlévement ait eu le désir de 'contredire le titre du propriétaire'." Ook in die VSA word sodanige gedrag nie beskou as diefstal ("larceny") nie. Sien RM Perkins *Criminal Law* 2e uitg (1969) 267; Wharton *Criminal Law and Procedure* vol 2 (1957) 86 en Clark and Marshall *A Treatise on the Law of Crimes* 7e uitg (1967) 825–827. Op 826 verklaar die skrywers: "Recently, however, several jurisdictions have enacted statutes of various kinds which declare it larceny to 'borrow' or use a vehicle without authorization . . ."

[24]Binding *Normen* 1038–1039. Sien ook Paulus a w 136–137; Kohlrausch-Lange a w 426 en 430; a 1(2) van die *Theft Act* 1968 in Engeland en De Wet en Swanepoel *Strafreg* 2e uitg (1960) 315: "Hierdie woorde (*lucri faciendi gratia*) beteken ons insiens niks anders nie as die oogmerk waarmee die handeling geskied, d w s om daardie regte of bevoegdhede wat nie in die dader setel nie, uit te oefen. Sy wins lê in die verkryging van die reghebbende se regte."

[25]Sien *R v Harlow* 1955 3 SA 259 (T) maar kontrasteer *R v Kinsella* 1961 3 SA 519 (K). Die noue verband tussen voordeel en verlies en die feit dat die een maar net die teenkant van die ander is, word goed ingesien deur CF Puchta *Pandekten* 7e uitg (1853) 540 waar hy praat van "der Absicht, sich in ihr einen *das Recht eines Andern verletzenden* Gewinn zu verschaffen" (my kursivering).

Dit is in hierdie verband opmerklik dat die vereiste wat in die Oostenrykse en Switserse strafkode gestel word dat die dief met 'n verrykingsopset moes gehandel het (en wat dus tot 'n groot hoogte ooreenstem met die Romeinsregtelike *lucri faciendi gratia*-vereiste), in wese maar net daarop neerkom dat die dief die opset moet hê om self, in die plek van die eienaar, oor die saak te beskik. Daar word aangeneem dat die dader die nodige opset het om homself te verryk indien hy die reghebbende wil vervang as die persoon wat voortaan oor die ekonomiese waarde van die saak gaan beskik.[26] Deur 'n verrykingsopset te vereis, word in hierdie strafregstelsels wesenlik dieselfde eindresultaat bereik as bv in die Duitse strafreg wat met die toeeieningsbegrip werk.[27]

V

Alhoewel die term "toe-eiening" etimologies die betekenis mag dra van "'n saak jou eie te maak", beskryf "toe-eiening" as 'n term in die strafreg nie 'n wyse van eiendomsoordrag nie. Die persoon wat toe-eien, ontneem die reghebbende nie sy eiendoms*reg* nie, net so min as wat hy deur middel van toe-eiening en diefstal self die eiendomsreg oor die saak verkry.[28] Waarvan die reghebbende ontneem word, en wat die dader self verkry, is die bevoegdhede oor die saak en meer bepaald die genotsbevoegdhede ten aansien van die saak. Daar kan myns insiens met reg geredeneer word dat die eienaar nie deur die diefstal sy beskikkingsbevoegdhede oor die saak ontneem word nie, want hy kan nog steeds moontlik regshandelinge ten opsigte van die saak aangaan selfs al is dit gesteel. Hy bly immers nog eienaar. Dit skyn suiwer te wees om te beweer dat al bevoegdhede wat die dief verkry, en wat hy die eienaar ontneem, die genotsbevoegdhede oor die saak is.[29]

Die begrip "toe-eiening" kan in die lig van die voorgaande dus omskryf word as "die blywend bedoelde uitsluiting van die reghebbende van

---

[26]Wat betref die vereiste in a 171 van die Oostenrykse Strafkode dat die dader "um seines Vorteiles willen" 'n saak moes gevat het alvorens hy 'n dief is, verklaar Nowakowski *Das Österreichische Strafrecht in Seinem Grundzügen* (1955) 175 dat toe-eiening juis die "Vorteil" uitdruk ter wille waarvan die dief handel.

[27]T Rittler *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts* 2e uitg (1962) vol 2 133; Nowakowski aw 169. W Malaniuk *Lehrbuch des Strafrechts* (1948) vol 2 deel 1 221 verklaar selfs: "Der Bereicherungsabsicht . . . kann auch in der Herrschaftsanmassung der Sache bestehen." Tav Switserland sien V Schwander *Das Schweizerische Strafgesetzbuch* 2e uitg (1964) 328–330. Verryking word in hierdie twee lande altyd opgeneem as 'n vermoënsregtelike voordeel wat in geld waardeerbaar is.

[28]In *R v Sibiya* supra het ar Schreiner hierdie punt ingesien waar hy te 250–251 daarop wys dat dit verkeerd is om "an intent to deprive the owner of his ownership" te vereis, soos soms gedoen is, en dat dit beter is om te vereis dat die dief die opset moet hê om die reghebbende te ontneem van "the *benefits* of his ownership", want "a thief cannot by his theft take the owner's title away from him." Sien ook *R v Von Elling* 1945 AD 234 236; *S v Van Coller* 1969 3 SA 127 (SWA) 133 en Paulus aw 47–48. VerLoren van Themaat 1951 *THRHR* 30 te 340 is verkeerd waar hy beweer "[t]oe-eiening veronderstel eiendomsverkryging."

[29]Alhoewel dit daagliks gebeur dat diewe die gesteelde sake verkoop, verhuur ens, kan mi nie gesê word dat die dief daarom nou ook die beskikkingsbevoegdheid oor die saak verkry nie. Die dief verkry dit in 'n los, feitlike betekenis, maar nie in die juridiese sin van die woord nie. Die eienaar en die dief kan tog nie albei die beskikkingsbevoegdheid oor die saak hê nie.

sy genotsbevoegdhede oor sy saak, en die gedraging deur die dader teenoor die saak asof hy self die reghebbende is, en waardeur hy self die uitsluitende genotsbevoegdhede oor die saak verkry". Hierdie omskrywing bevat myns insiens die essensie van wat gebeur by toe-eiening. In die Duitse strafregwetenskap word die tweede aspek of komponent van die toe-eieningsbegrip uitgedruk deur die stelling dat die dader die saak inlyf in sy eie vermoë, deurdat hy dit onderwerp aan sy eie uitsluitlike heerskappy en diensbaar stel aan sy eie doelstellings. Sodoende is toe-eiening die vestiging of aanmatiging van 'n eienaarsanaloë heerskappyverhouding teenoor die saak deurdat die dader in die plek van die eienaar tree, en in so 'n verhouding tot die saak staan dat slegs die ontbrekende regsanksie daarvoor verhinder dat dit 'n ware eienaarsverhouding is.[30] Wat die reghebbende van regsweë is, wil hy wat toe-eien feitlik wees: die alleenbeskikker oor die saak.[31]

VI

Die vraag ontstaan vervolgens of die toe-eieningsbegrip diefstal op 'n bevredigende manier van kwaadwillige saakbeskadiging kan afbaken, en wel in daardie problematiese gevalle waar die saak deur die dader vernietig word. Dit was juis een van die belangrikste besware teen die ou *lucri faciendi gratia*-vereiste dat dit nie 'n bevredigende onderskeid in hierdie verband kon maak nie; *lucrum* was naamlik so 'n wye begrip dat dit moeilik is om in te sien hoe die bevrediging wat die saakvernietiger uit sy handeling put, nie ook as "voordeel" bestempel kan word nie.[32] Ook indien 'n mens slegs werk met die opset om die eienaar sy saak blywend te ontneem, sonder om enige toe-eieningsopset te vereis, vervaag hierdie grens want ook die saakvernietiger het tog die opset om die eienaar sy saak blywend te ontneem. Nietemin is hierdie onderskeid ook vanuit die standpunt van die toe-eieningsbegrip problematies. Daar kan naamlik geargumenteer word dat

---

[30]Schönke en Schröder a w 1242–1243: "Das wesen der Zueignung besteht darin, dass der Täter die Sache selbst oder in ihr verkörperten Sachwert dem eigenen Vermögen einverliebt, der Täter muss sich selbst an der Stelle der Berechtigten setzen wollen . . ." Ebermayer a w 315: "Zueignung ist das Anmassen eines tatsächlichen, der Eigentümerstellung ähnliche Machtsverhältnis an der fremden Sache, so dass sie ausschliesslich dem Willen des Aneignenden unterworfen und seinen Zwecken dienstbar wird: pseudorechtslicher Herrenstellung"; Kohlrausch-Lange a w 530; Welzel a w 320 en Paulus a w 220.

[31]Binding *Normen* 1037 en 1049 asook gelykluidend sy *Lehrbuch* 267–8 en Maurach a w 177 en 198. Wat Nederland betref, verklaar D Simons *Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht* vol 2 (1912) 78: "Toeëigening onderstelt eene zoodanige handeling, waardoor de dader zich zelf eene feitelijke heerschappij over de zaak verschaft, zooals die aan den eigenaar toekomt, en daarmee tevens de heerschappij aan den eigenaar ontneemt." Vir soortgelyke (hoewel minder volledige) omskrywings in Nederland, sien Van Bemmelen en Van Hattum *Hand en Leerboek van het Nederlandse Strafrecht* vol 2 (1954) 280; Noyon en Langemeijer *Het Wetboek van Strafrecht* (1954) 362; AJ Blok "Onder zich hebben, wegnemen, zich toeëigenen" 26 *Tijdschrift voor Strafrecht* 355 te 421. Wat Frankryk betref, sien Garcon a w 618 "usurpation de la possession civile, de la possession *animo domini*" en "[l]e voleur doit avoir commis cette usurpation avec la volonté de jouir et de disposer de la chose usurpée comme propriétaire".

[32]Paulus a w 136–7; B Nicholas *An Introduction to Roman law* (1962) 214 en RW League *Roman Private Law* 3e uitg (1961) 40: "Obviously *lucrum* has to be widely defined, so as to include most feelings of satisfaction other than spite and humanitarianism." Hoe ruim die begrip in die Romeinse reg opgeneem is, illustreer veral *D* 47 2 55 1.

ook die saakvernietiger die saak toe-eien want toe-eiening is die aanmatiging of uitoefening van die bevoegdhede wat die eienaar oor sy saak het, en een van die eienaar se bevoegdhede is tog juis om sy eie saak te kan vernietig.

Daar is al op verskeie maniere probeer om hierdie argument te ontsenu. So is al beweer dat daar slegs saakbeskadiging is as die saak ter plaatse vernietig word, terwyl dit eers toe-eiening is as die saak verwyder word vanaf sy oorspronklike plek.[33] Tweedens is al aan die hand gedoen dat nagegaan moet word of die vernietiging van die saak ook tegelykertyd ooreenstem met die benutting van die saak ooreenkomstig sy bestemming (d i die sg "Zwecknutz"-teorie). Is dit wel die geval, is dit toe-eiening en dus diefstal, soos by die verbranding van 'n kers om lig te verskaf. Is dit nie die geval nie is dit saakbeskadiging, soos waar ek 'n ander se horlosie onder 'n klip verpletter in plaas van om dit te gebruik om die tyd mee te lees.[34] Nie een van hierdie kriteria werk egter bevredigend nie. Wat, in die geval van die eerste toets, is per slot van rekening die verskil of ek 'n ander se tafel stukkend slaan in sy eie huis en of ek dit eers na 'n ander plek verskuif omdat daar toevallig nie 'n byl ter hand was in die benadeelde se huis nie? Die beswaar teen die tweede toets is dat sake of voorwerpe nie altyd net een bestemming kan hê nie. Wat gebeur as slegs 'n sekondêre funksie van die saak benut word, soos wanneer ek 'n ander se kers nie verbrand nie maar dit gebruik as 'n versiering in my huis, of wanneer ek 'n ander se tafel opkap as vuurmaakhout?[35]

Nietemin is die vernietiging van 'n ander se saak na my mening tog prinsipieel iets anders as die toe-eiening daarvan. By toe-eiening val die klem tog op die *verkryging* van die bevoegdhede van die eienaar (deur die uitsluiting van die reghebbende van sy bevoegdhede oor sy saak). Hierdie verkryging impliseer immers dat nadat die eienaar sy saak ontneem is daar darem nog 'n saak oorbly waaroor daar bevoegdhede uitgeoefen kan word. Dit is nie die geval by die vernietiging van 'n saak nie. Toe-eiening beteken dat die dader die eienaar *vervang* as die persoon wat die genotsbevoegdhede oor die saak uitoefen. Watter bevoegdhede is daar ten opsigte van die saak wat nou deur iemand anders uitgeoefen kan word as die saak self tot niet gegaan het?[36]

---

[33]Binding *Lehrbuch* 268; Van Bemmelen en Van Hattum a w 281. Paulus a w behandel hierdie argument te bl 46–47 en 98–101. Sien ook *R v Van der Walt* 1946 GWPA 42 44: "Daar word geen diefstal gepleeg wanneer iemand 'n saak van 'n ander, uit kwaadwilligheid teenoor die eienaar, vernietig daar waar hy dit gevind het sonder om dit weg te neem."

[34]Paulus a w 163–165 en 167.

[35]Binding *Normen* 1039 en *Lehrbuch* 268 se mening dat daar nie so iets is as 'n "reg of bevoegdheid van 'n eienaar om sy saak te vernietig" nie, word tans tereg nie meer gehuldig nie (Paulus a w 99–100). Ook Binding se bewering dat toe-eiening die *uitoefening* van eiendomsreg is terwyl saakvernietiging die *vernietiging* van eiendomsreg is (*Lehrbuch* 246) gaan nie op nie, want *vernietiging* van 'n saak is juis een van die verskillende maniere waarop die eienaar sy eiendomsreg kan uitoefen! 'n Mens kom ook niks verder deur soos Welzel a w 320 slegs vaagweg te beweer dat toe-eiening 'n positiewe karakter het terwyl vernietiging 'n negatiewe karakter het nie.

[36]Gesag vir die argument dat blote saakvernietiging geen toe-eiening en diefstal is nie, is in ons regspraak te vind in daardie reeks sake waarin beslis is dat 'n skaapwagter nie diefstal pleeg nie as hy net 'n skaap om die lewe bring in die hoop dat sy baas vir hom die karkas present sal gee. Sien *R v Dikgat* 1928 GWPA 11; *R v Kama* 1949 1 PH

Waar die vernietiging van 'n saak tegelykertyd ook bestempel kan word as die *verbruik* van die saak, soos wanneer die vernietiging van die saak voorafgegaan is deur 'n gebruik daarvan, is dit natuurlik 'n ander saak en is daar geen twyfel daaroor dat daar wel 'n toe-eieningshandeling was nie. Selfs al aanvaar 'n mens egter dat daar hier 'n grensgebied is waar diefstal en saakbeskadiging mekaar gedeeltelik dek, doen dit nog nie afbreuk aan die toeeieningsbegrip as sentrale kriterium vir die handeling sowel as die opset by diefstal nie: gedeeltelike oorvleueling van die toepassingsgebiede van besondere misdade is in elk geval geen vreemde verskynsel in die strafreg nie.

VII

Of daar 'n wederregtelike toe-eiening van die saak plaasgevind het o nie, moet telkens in die lig van die toets hierbo gestel, en natuurlik ook in die lig van die besondere omstandighede van elke saak, vasgestel word. Die maniere waarop 'n saak toegeëien kan word, is natuurlik legio, en geen poging sal eers hier aangewend word om hulle almal op te noem nie (dink bv aan die wegneem, verbruik of verkoop van 'n saak). Van belang is egter om daarop te let dat die volgende handelinge nie neerkom op toe-eieningshandelinge van 'n saak nie: (a) die blote tydelike gebruik van 'n ander se saak tensy die gebruik oorgaan in die *ver*bruik van die saak, of tensy die saak na gebruik aan sy lot oorgelaat word buite bereik van die eienaar; (b) die vernietiging van 'n ander se saak (hierdie twee gevalle is reeds hierbo bespreek); (c) die verpanding van 'n ander se saak deur 'n persoon wat van voornemens is om die verpande saak weer te bevry deur die skuld te betaal;[37] (d) die neem van 'n ander se saak sonder sy toestemming as sekuriteit vir 'n skuld wat hy (die eienaar) aan die dader verskuldig is[38] en (e) die aanwending van 'n ander se saak in die *belang* van die eienaar.[39] □

Erratum: *In 1974* THRHR *on page 370 second line from below, for "underline" read "undermine".*

H83 (O); *R v Marube* 1941 2 PH H249 (O); *R v Kula* 1955 1 PH H66 (O); *R v Mohale* 1955 3 SA 563 (O); *R v Dlomo* 1957 2 PH H184 (OK) en *S v Kinga* 1962 3 SA 401 (OK).

[37]Schönke en Schröder aw 1244; Ebermayer aw 322–323; Binding *Lehrbuch* 269 en *Normen* 1049; Paulus aw 206. Die posisie in die VSA is dieselfde. Sien Perkins aw 268; Wharton aw 82–83 en Clark and Marshall aw 829.

[38]Ebermayer aw 323; Paulus aw 203; Noyon en Langemeijer aw 362; Garcon aw 619; Smith and Hogan *Criminal law* 2e uitg (1969) 377; *S v Van Coller* 1970 1 SA 417 (A) (en sien vonnisbespreking van hierdie saak in 1970 *THRHR* 196); *S v Ferreira* 1970 2 SA 729 (O) en *S v Beckhardt* 1970 3 SA 263 (SWA).

[39]Die dader betaal bv die eienaar se skulde daarmee, of hy neem iemand anders se veevoer en voer sy (die ander persoon se) diere daarmee. Sien Ebermayer aw 324; Garcon aw 621-622; *R v Harlow* supra en *R v Kinsella* supra. A 206 1(2)(d) van die Amerikaanse *Model Penal Code, Tentative Draft No 1* – 1953 (aw) bepaal: "No application of property to uses which the actor identifies with the interests of the owner shall be deemed an appropriation . . ."

Verwytbare Regsonkunde en die Skuldsoort Culpa

D A Botha

Kantoor van die staatsregsadviseurs

SUMMARY

In the recent decision of *S v Tsochlas* the trial court found that *mens rea* in the form of *culpa* (negligence) was required for criminal liability in respect of the offence charged, and that such *culpa* could be based on the blameworthy ignorance of law of the accused. The principle that criminal guilt in the form of *culpa* could be founded upon blameworthy ignorance of law is discussed with reference to the few South African decisions in which it has been applied in express terms and it is shown how this principle is in accordance with Roman Dutch law.

The manner in which modern Netherlands and German criminal law managed to apply the principle is examined and it is shown how the application of the *ignorantia juris* rule in South African law is in conflict with the *nulla poena sine culpa* principle. The relevance of this lies in the fact that the policy considerations behind the *ignorantia juris* rule could be satisfied by the principle that *culpa* can also be founded upon blameworthy ignorance of law, and in consequence the *ignorantia juris* rule, which has led to considerable confusion in our law, can be dispensed with.

The application of the principle in question can also lead to the solution of some of those cases in which an intent to kill has been proved, but the supreme court has convicted of culpable homicide. It will usually be found that in such cases the accused was negligent with respect to the element of unlawfulness; a reasonable man in the position of the accused would have been aware of the unlawfulness of the conduct that led to the death of the deceased. Upon such a basis these cases of intentional killing can lead to a verdict of culpable homicide.

It is urged that more frequent use be made of the principle under discussion. This will contribute towards compliance with the *nulla poena* requirement and will assist with the discarding of the *ignorantia juris* rule.

1

Met *S v Tsochlas*[1] het die appèlhof sy seël geplaas op die aanwending van 'n beginsel rakende die bepaling van strafregtelike verantwoordelikheid wat relatief onbekend skyn te wees, maar wat van besondere betekenis vir die Suid-Afrikaanse strafreg kan wees. Dit is die beginsel dat by misdade wat strafbaar is op grond van die skuldsoort *culpa* (in teenstelling met *dolus*), sodanige *culpa* ook op die verwytbare regsonkunde van die dader gebaseer kan word. Die agtergrond van die beslissing kan soos volg geskets word.

Tsochlas wat van Griekse afkoms is maar sedert 1964 in Suid-Afrika woon en hier besigheid dryf, het in sekere ander Afrika-lande besigheidsbelange gehad. Gedurende 1972 het 'n lokvink 'n aantal diamante in Pretoria

---

[1] 1974 1 SA 565 (A).

aan hom getoon en hulle het later daar ooreengekom dat hy die diamante sou koop. Lewering van die diamante en betaling daarvoor sou egter buite die grense van die Republiek geskied, aangesien Tsochlas geglo het dat sy transaksie dan nie strydig met enige Suid-Afrikaanse wet sou wees nie. Nadat Tsochlas 'n som geld (in die vorm van Amerikaanse dollars) in Zambië gaan haal het om vir die diamante te betaal, is hy in Pretoria gearresteer voordat enige diamante gelewer is of betaling geskied het.

Tsochlas is in die Transvaalse provinsiale afdeling van die hooggeregshof aan die statutêre oortreding van handel in ru of ongeslypte diamante skuldig bevind. Omtrent die skuldsoort wat vir die oortreding vereis is, laat r Claassen hom soos volg uit:

> "Beskuldigde was blykbaar deurgaans onder die indruk dat as 'n kontrak in 'n ander land uitgevoer word, hier geen misdaad gepleeg word nie. Sy regsdwaling is geen verskoning nie."[2]

Later verwys die regter weer na die ooreenkoms dat die diamante buite die Republiek gelewer sou word en vervolg:

> "Dit is 'n misdaad. Beskuldigde se *mens rea* bestaan in die feit dat hy bewus was van streng wette in die land en dat hy op gevaarlike terrein beweeg en geen regsadvies bekom het nie. Sy regsdwaling is geen verskoning nie."[3]

Die hof stel dit duidelik dat Tsochlas se regsonkunde onder die omstandighede op nalatigheid neerkom en dat sodanige nalatigheid sy *mens rea* daarstel:

> ". . . [S]oos ek reeds aangedui het, was die beskuldigde onder die indruk dat die ooreenkoms hier aangegaan vir uitvoering in die buiteland nie 'n oortreding is nie, maar hy het geweet dat hy op gevaarlike terrein beweeg; dat hier 'n permit nodig is. Hy het die permit nie gehad nie, en op die minste gesê was hy ernstig nalatig gewees om so 'n ooreenkoms aan te gaan . . . Sy nalatige optrede is genoegsame *mens rea*."[4]

Die hof het dus nie sy regsonkunde met 'n beroep op die reël *ignorantia juris neminem excusat* summier verwerp en daarmee die vraag na sy skuld afgemaak soos so dikwels in die verlede gebeur het nie.[5] Die hof bevind in effek dat skuld in die vorm van *culpa* vir strafbaarheid vereis word en dat dit teenwoordig was omdat daar onder die omstandighede redelikerwys van die beskuldigde verwag kon word om meer sorg aan die dag te lê om te verseker dat sy beoogde optrede regmatig sou wees.

Sover ek kon vasstel, is die bepaling van *culpa* op die onderhawige grondslag slegs een keer voorheen uitdruklik in 'n strafgeding aangewend. In *S v Wandrag*[6] is die aangeklaagde daarvan beskuldig, vir sover dit hier

---

[2]bl 8 van die uitspraak – Pretoria hooggeregshofsaak 246/73.
[3]18.
[4]19.
[5]oa *R v Werner* 1947 2 SA 828 (A) 835; *R v Sachs* 1953 1 SA 392 (A) 409; *R v Pope* 1958 3 SA 890 (K) 894; *R v Folkus* 1954 3 SA 442 (SWA) 447; *R v Smith* 1956 1 SA 436 (SWA) 437; *S v Tshwape* 1964 4 SA 327 (K) 329; *S v Mabai* 1966 2 SA 533 (O) 536; *S v Williams* 1968 4 SA 81 (SWA) 90; *S v Mthalane* 1968 4 SA 256 (N) 258; *S v Kaba* 1970 1 SA 439 (T) 446; *S v Ferreira* 1970 2 SA 729 (O) 734; *S v Colgate-Palmolive Ltd* 1971 2 SA 149 (T) 155; *S v Moller* 1971 4 SA 327 (T) 330.
[6]1970 3 SA 151 (O).

ter sake is, dat hy, 'n werkgewer in die boubedryf, wederregtelik Kleurlinge in diens geneem het om messelwerk te doen in 'n gebied waar dié werk vir Blankes gereserveer was. Sy verweer was, onder meer, dat hy deur sy prokureur aangeraai is om by die departement van arbeid navraag te doen oor die prosedure om Kleurlinge in diens te neem. Nadat hy 'n inspekteur van daardie departement gespreek het, het hy, volgens sy getuienis, *bona fide* onder die indruk verkeer dat hy Kleurlinge in diens kon neem. Hy het ook aan die staatsdrukker geskryf om die wetgewing wat betrekking het op die indiensneming van Kleurlinge in die boubedryf te bekom maar dit was nie beskikbaar nie.

Namens die staat is daar geargumenteer dat die oortreding 'n absolute verbieding was maar die hof bevind dat skuld in die vorm van *culpa* vereis word.[7] Die hof haal 'n omskrywing van *culpa* aan[8] en vervolg dan:

> "Die appellant was . . . 'n werkgewer in die boubedryf, wat onderhewig is aan 'n magdom verordeninge van die arbeidswetgewing. As ons die vereiste standaard van sorg wat 'n redelike man in die omstandighede aan die dag sou lê as hy hom as werkgewer in die boubedryf bevind, . . . toepas – sou hy vasstel wat geoorloofd en wat ongeoorloofd is, en dieselfde sorg aan die dag lê om daaraan te voldoen."[9]

Die hof meld dat die aangeklaagde geweet het dat die aangeleentheid deur wetgewing gereël word en dat hy dus moes vasgestel het wat die werklike posisie was. Volgens sy eie getuienis egter, aldus die hof, weet hy nie eintlik wat die inspekteur gesê het hy mag doen nie. Die hof bevind dat 'n redelike man wat doelbewus gegaan het om inligting te bekom nie onder so 'n misverstand sou verkeer nie. Daarom het die aangeklaagde nie aan die vereiste standaard van sorg voldoen nie en het die staat bewys dat hy nalatig en gevolglik skuldig was.[10]

Alhoewel die appèlhof hom nog nie pertinent oor die beginsel onder bespreking uitgelaat het nie, moet daar uit *Tsochlas* afgelei word dat hy geen fout daarmee te vind het nie. Ar Holmes wat die uitspraak van die appèlhof gelewer het, verwys daarna soos volg:

> "The learned trial Judge held that, although delivery and payments were to take place beyond the borders, there was an agreement of sale of uncut diamonds in this country; that that was a contravention of the statute; that *mens rea* had to be proved by the State; and that this existed as *culpa* since the applicant knew that uncut diamonds could not be bought in this country without a permit, and he had no permit, and he should have shown more circumspection before entering into the agreement which he did."[11]

Hy behandel en verwerp sekere gronde van appèl teen die skuldigbevinding en vonnis en bekragtig die skuldigbevinding sonder kommentaar op die grondslag waarop die verhoorhof skuld bevind het. Die afleiding skyn geregverdig te wees dat die appèlhof sy goedkeuring verleen het aan die aanwending van die beginsel dat by *culpa*-misdade die vereiste *culpa* op die dader se verwytbare regsonkunde gebaseer kan word.

---

[7] 159G.
[8] *R v Meiring* 1927 AD 41 45.
[9] *Wandrag* supra 160A.
[10] ibid.
[11] *Tsochlas supra* 573E.

2

Daar is gesê dat die onderhawige beginsel relatief onbekend skyn te wees. Handboekskrywers skenk weinig, indien enige, aandag daaraan. By hul behandeling van die beginsel dat regsonkunde en regsdwaling steeds *dolus* uitsluit, merk De Wet en Swanepoel[12] terloops op:

> "Let bowendien daarop dat regsonkunde en regsdwaling slegs *dolus* uitsluit. By misdade waar *culpa* al genoegsame skuld lewer om te kan straf, sal 'n beroep op regsonkunde of regsdwaling nie noodwendig straffeloosheid meebring nie."[13]

Hierdie uitlating van De Wet en Swanepoel is so kripties dat Van der Vyver se kritiek tot die effek dat die uitlating ongemotiveerd is,[14] verstaanbaar is.

Dit is ook moontlik dat Burchell en Hunt[15] die beginsel in gedagte het waar hulle verklaar:

> "If the defence of lack of knowledge of unlawfulness *is* raised in a crime of negligence, since the test is objective, it will almost invariably be found that the reasonable man in the position of the accused would have realised at least the possibility of the unlawfulness of his conduct, and, in consequence, the defence would fail."[16]

Daar skyn nie verwysing na die onderhawige beginsel by ander Suid-Afrikaanse skrywers te wees nie.

3

Die beginsel onder bespreking mag miskien nie in ons reg goed bekend wees nie maar is inderdaad van eerbiedwaardige herkoms en kan tot by die Glossatore teruggespoor word.[17] Die beginsel is ook duidelik in die Kanonieke reg geformuleer. Vir die toerekenbaarheid van 'n misdaad vereis kanon 2199 òf *dolus* òf *culpa*, maar vir hierdie doel kan *culpa* ook bestaan uit *culpa in ignorantia legis violatae aut in omissione debitae diligentiae* terwyl onvermybare regsdwaling 'n dader absoluut verskoon.[18] Was sy dwaling wel vermybaar, hang die toerekenbaarheid van die misdaad af van die graad van verwytbaarheid van die dader se regsonkunde.[19]

Ook in die Romeins-Hollandse reg was hierdie beginsel goed bekend. Regsonkunde word gewoonlik as *culpa lata* bestempel met die argument dat dit elke regsonderdaan se plig is om sy land se wette te ken en, indien nodig,

---

[12]JC de Wet en HL Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse Strafreg* 2e uitg (1966).
[13]136.
[14]1967 *THRHR* 271 277.
[15]EM Burchell en PMA Hunt *South African Criminal Law and Procedure* (1970).
[16]149; kyk ook 132 noot 145.
[17]Vgl die glos *ad D* 3 2 11 4: . . . *ignorare ius est lata culpa, non dolus*; Decianus *Tractatus Criminalis* (1613) II cap 35 nu 48; Jacob Menochius *De Praesumptionibus* (1670) lib 6 praes 23 nu 10; Joachim Mynsinger *Apotolesma hoc est, Corpus Perfectum Scoliarum ad Institutionus Justinianeas pertinentium* (1569) lib 1 tit 26; Jacobus Cujacius *Opera Omnia* (1658) vol 9 lib 19; M Wesenbecius *Commentarii ad Pandectas iuris civilis* (1665) *ad D* 22 6; A von Leyser *Meditationes ad Pandectas* (1744) vol 5 & 6 *ad D* 22 6; B Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* band 1 5e uitg (1882) par 101.
[18]*Codex Juris Canonici* (1920); kanon 2202(1): *Violatio legis ignoratae nullatenus imputatur si ignorantia fuerit inculpabilis.*
[19]ibid: *secus imputabilitas minuitur plus minusve pro ignorantiae ipsius culpabilitate.*

'n regsgeleerde te raadpleeg.[20] Nadat Voet verklaar het dat regsonkunde altyd *dolus* uitsluit, wys hy daarop dat 'n dader in so 'n geval nie noodwendig vry uitgaan nie, maar dat 'n ligter straf gewoonlik opgelê word as die dader op grond van sy regsonkunde nie van onagsaamheid vry te spreek is nie.[21] Steeds moet in gedagte gehou word dat hoewel 'n dader weens sy regsonkunde van onagsaamheid verwyt mag word, hy op grond daarvan slegs aanspreeklik gehou kan word vir misdade waarvoor *culpa* as skuldsoort voldoende is. Soos Christinaeus dit stel, mag dit *culpa lata* wees om onkundig omtrent die reg te wees, maar waar dit om die oplegging van *poena corporalis* gaan, kan *culpa* op hierdie grondslag nooit die plek van *dolus* inneem nie.[22]

4

Die onderhawige beginsel word ook aangewend, hoewel nie *eo nomine* nie, in sekere ontwikkelde regstelsels wat lank gelede reeds die onwerklike en, vir die skuldbegrip, verwarringstigtende *ignorantia juris*-reël verwerp het. In die moderne Nederlandse strafreg het die beginsel op die volgende wyse toepassing gevind. Met die kodifikasie van die Nederlandse strafreg het die wetgewer gewoonlik opset of onagsaamheid voorgeskryf slegs ten opsigte van die bestanddele van die misdryf of oortreding en nie ook ten opsigte van die element van wederregtelikheid nie. Om aan die skuldbeginsel te voldoen, het die howe egter mettertyd vereis dat daar ook opset of onagsaamheid ten opsigte van die wederregtelikheid van die gedraging bewys moes word. Pompe druk dit só uit:

> "Men zal dus voor al dergelijke gevallen, . . . welke in de wettelijke omschrijving noch opzet noch onachtzaamheid ten aanzien der wederrechtelijkheid eisen, . . . moeten besluiten, dat de persoon, die een strafbaar feit begaat, zonder de wederrechtelijkheid daarvan te voorzien en te kunnen voorzien, niet strafbaar is. De afwezigheid van opzet of onachtzaamheid ten aanzien der wederrechtelijkheid vorm dan een strafuitsluitende omstandigheid,"[23]

Die aanwending van die beginsel kan geïllustreer word aan die hand van 'n enkele Nederlandse gewysde. 'n Eiegeregtigde Utrechtse "Kasteelvrouwe" het die veroordeeldes, Streef en Van Kooi, opdrag gegee om 'n sloot oor 'n pad te graaf en ook 'n draad daaroor te span. Hulle het so gemaak onder die indruk dat die pad op haar landgoed was en onbewus daarvan dat dit 'n openbare pad was en dat hulle optrede wederregtelik was. Die *Hoge Raad* vernietig hulle skuldigbevinding omdat daar nie uit die getuienis afgelei kon word dat hulle van die wederregtelikheid van hulle op-

---

[20]JJ Wissenbach *Exercitationum ad quinquaginta libros Pandectarum* (1673) disputatio 42 12; G Noodt *Opera Omnia* (1747) *ad D* 22 6; P Christinaeus *Practicarum Quaestionum rerumque in supremis Belgarum curiis actarum et observa torum decisiones* (1636) dec 171–9.

[21]J Voet *Commentarius ad Pandectas* (1829) 22 6 4: . . . *licet aliae leviores poenae plerumque in jure errantibus, tanquam culpa non vacuis, imponi soleant.*

[22]Christinaeus a w dec 171 e v; ook S van Leeuwen *Paratitla Juris Novissimi* (1656) 4 3 1.

[23]WPJ Pompe *Handboek van het Nederlandse Strafrecht* 5e druk (1959) par 80; vgl ook MP Vrij "Ontwikkeling van het schuldbegrip in een halve eeuw Strafwet- boek" in *Verzameling uit zijn geschriften van Strafrecht en Criminologie* (1956) 283; JM van Bemmelen en J van Hattum *Hand en Leerboek van het Nederlandse Strafrecht* (1953) 322; D Hazewinkel-Suringa *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Strafrecht* deur J Remmelink 5e uitg (1971) 155.

trede bewus was of bewus behoort te gewees het nie, en "dat zij deswege niet strafbaar waren, bij gebreke van opzet of schuld tav de onrechtmatigheid daarvan".[24]

Dit is moeilik om die toepassing van die beginsel onder bespreking in die Duitse strafreg in 'n paar sinne op te som. Aan die hand van 'n belangrike Duitse beslissing[25] kan dit soos volg gestel word. Die beskuldigde, 'n regsverteenwoordiger, het onderneem om namens 'n aangeklaagde te verskyn sonder om vooraf met haar oor sy vergoeding ooreen te kom. Deur te dreig om na die eerste dag van die verhoor nie langer vir haar te verskyn nie, het hy haar verplig om hom 'n som geld te betaal en om 'n skuldbewys vir 'n verdere bedrag te teken. Ten spyte van sy verweer dat hy geglo het dat sy gedrag regtens toelaatbaar was, word hy aan "Nötigung"[26] skuldig bevind. Een van die vrae wat by appèl beslis moes word, was of daar skuld teenwoordig was waar dit hom aan wederregtelikheidsbewussyn ontbreek het maar sodanige ontbreking aan onagsaamheid te wyte was.

Die Senaat onderskei tussen "Tatbestandsirrtum" (dwaling omtrent die elemente van die misdaadomskrywing) en "Verbotsirrtum" (dwaling omtrent die wederregtelikheid van die gedraging) en gaan voort om te verduidelik waarom nie alle gevalle van regsonkunde verskoon kan word nie.[27] Onkunde (gebrek aan kennis) is binne perke beheerbaar. Aangesien die mens oor 'n vrye, sedelike selfbestemming beskik, word dit ten alle tye van hom verwag dat hy as deelnemer aan die regsverkeer hom regmatig moet gedra en onreg moet vermy. Ter nakoming van hierdie plig is dit nie genoeg dat hy net dit vermy wat hy weet verkeerd is nie; sy plig strek verder. Hy moet seker maak dat wat hy beoog binne die perke van die wet is. Waar hy twyfel, moet hy deur nadenke of deur die nodige inligting te bekom homself tevrede stel oor die toelaatbaarheid van sy optrede. Hiervoor is dit nodig dat die dader sy gewete inspan in dié mate wat voorgeskryf word deur die omstandighede van die geval en die lewens- en beroepskring van die dader. As hy ten spyte van die vereiste gewetensinspanning nie die onregmatigheid van sy optrede kon besef nie, is sy dwaling onvermybaar en dus nie verwytbaar nie. As dit wel vir hom moontlik was om met die nodige gewetensinspanning die onregmatigheid van sy optrede te herken, verdien hy om verwyt te word en het hy skuld.[28]

Duitse skrywers is verdeeld oor die aard van hierdie skuld. Ruimte ontbreek om in te gaan op die implikasies in die Duitse strafreg van die pasgemelde benadering tot skuld en daar moet volstaan word met die opmerking dat 'n dader daarvolgens ook skuldig bevind kan word aan misdade waarvoor die kode opset ("Vorsatz") vir strafbaarheid vereis. Welzel[29] ontken dat

---

[24]HR 4 4 1950 NJ 1950 nr 667.
[25]*Grundsatzentscheidung des Grossen Senats für Strafsachen* van 18 3 1952.
[26]a 240(1) van die Duitse strafkode: "Wer einen anderen rechtswidrig . . . durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird wegen Nötigung . . . bestraft."
[27]BGH 2 201.
[28]ibid.
[29]H Welzel *Das Deutsche Strafrecht* 11e uitg (1969) 165.

dit tot gevolg het dat 'n opsetsmidsaad nou ook op grond van onagsaamheid strafbaar is. Hy meen dat die standaard wat die Senaat voorgeskryf het om te verseker dat beoogde optrede regmatig is, hoër vereistes aan die regsonderdaan stel as die verkeersmaatstaf waarvolgens nalatigheid gebruiklikerwys vasgestel word. Dit is egter moeilik om in te sien hoe die twee in beginsel verskil:

> "Vermeidbar und verschuldet ist ein Verbotsirrtum daher auch, wenn der Täter . . . diejenige Sorgfalt nicht erbracht hat, zu der er den Umständen nach verpflichtet war und die ihm zur Verbotskenntnis verholfen hätte."[30]

Daar is dan ook al voorgestel dat 'n *crimen culpae* geskep word om vir die aanspreeklikheid van misdade op die genoemde grondslag voorsiening te maak.[31]

5

Hierbo is gesê dat die onderhawige beginsel besondere betekenis vir die Suid-Afrikaanse strafreg kan inhou. Die betekenis bestaan daarin dat die vryer aanwending daarvan kan bydra tot die verwerping van die *ignorantia juris*-reël en dat die grondbeginsel van die Suid-Afrikaanse strafreg, *nulla poena sine culpa*,[32] op 'n regswetenskaplike basis gehandhaaf kan word. Dit is nodig om te toon hoedat hierdie grondbeginsel deur die toepassing van die *ignorantia juris*-reël misken kan word.

In *S v Naicker*[33] is die aangeklaagde daaraan skuldig bevind dat hy, onder meer, versuim het om die polisie van sy adresverandering in kennis te stel. Sy verweer was dat hy nie bewus was van hierdie wetlike verpligting wat op hom gerus het nie en dat sy versuim dus nie verwytbaar is nie. Die hof antwoord:

> "Even if the appellant had proved that he did not know of the relative statutory provisions . . . this would not in my view, have absolved him from complying with them. That would be a case of mere ignorance of law, . . ."[34]

Dit is korrek dat Naicker se onkunde omtrent sy statutêre plig hom nie van sodanige plig onthef nie; sy versuim bly wederregtelik. Maar hierdie benadering lei daartoe dat die element van wederregtelikheid vermoedelik vir die skuldelement moet instaan. Sodra regsonkunde sy kop uitsteek, word skuld uit hoofde van die *ingorantia juris*-reël vermoed sonder 'n aanduiding van die aard van daardie skuld.

Skynbaar maak dit ook nie saak watter soort skuld ingevolge die *ignorantia juris*-reël gefingeer word nie. In *S v Williams*[35] beslis die hof dat die

---

[30]E Mezger voortgesit deur H Blei *Strafrecht Allgemeiner Teil* 14e uitg (1967) 211 ev; ook par 66 II 5: ". . . Das damit selbst leichteste Fahrlässigkeit' zu – wenn auch geminderter – Vorsatzstrafe führt, ist ein Ergebnis . . ."; E Schmidhäuser *Strafrecht Allgemeiner Teil* (1970) 327 ev.

[31]Hans-Heinrich Jescheck *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (1972) 2e uitg 343.

[32]*S v Van der Mescht* 1962 1 SA 521 (A) 530; *S v Arenstein* 1964 1 SA 361 (A) 365; *S v Bernardus* 1965 3 SA 287 (A) 296; *S v Qumbella* 1966 4 SA 356 (A) 364.

[33]1967 4 SA 214 (N).

[34]225.

[35]1968 4 SA 81 (SWA).

onus op die staat rus om òf *dolus* òf *culpa* te bewys. Die hof wys daarop dat regsonkunde geen verskoning is nie en dat dit die appellante nie kon baat om aan te voer dat hulle onbewus was van die verbod op die vang van kreef, of die grense waarbinne kreef nie gevang mag word nie. Daar is getuienis dat hulle helder oor dag in die verbode gebied kreef gevang het en die hof hanteer die ondersoek na skuld só:

> "Waar die appellante, soos reeds gesê, nie kan staatmaak op onkunde van die reg nie, moet hulle beskou word om òf opsetlik òf nalatiglik die verbod te oortree het en het die Staat dus bo redelike twyfel bewys dat die statutêre misdaad wel gepleeg is."[36]

Die verslag swyg oor die vraag of *dolus* dan wel *culpa* bewys is.

S v Moola[37] illustreer ook hoedat skuld, sonder vermelding van die aard daarvan, eenvoudig vermoed word waar die *ignorantia juris*-reël toegepas word. Op 'n aanklag ingevolge die Groepsgebiedewet steun die beskuldigde op, onder meer, die feit dat hy 'n huurkontrak met 'n sekere persoon aangegaan het wat dit vir hom regtens geoorloof sou maak om in die betrokke gebied te woon. Die hof bevind dat indien die kontrak ooit geldig was dit in ieder geval deur wetswerking verval het en dat die beskuldigde nie op sy regsdwaling kon steun nie:

> "The appellant cannot be heard to say that he did not know that the lease had lapsed since ignorance of the law is no excuse . . . On this basis there is no room for an argument that the appellant did not have the necessary *mens rea*."[38]

In stede van skuld van 'n ongespesifiseerde aard op 'n blinde, onwerklike stelreël te fundeer, sou dit regswetenskaplik gesien tog suiwerder gewees het om die aangeklaagdes in die pasbespreekte gevalle van onagsaamheid te verwyt met die motivering dat die redelike man onder gelyke omstandighede sou vasgestel het wat die regsposisie was en gevolglik nie onder 'n regsdwaling sou verkeer het nie (indien die feite natuurlik so 'n gevolgtrekking sou regverdig).

Daar word soms beweer dat die *ignorantia juris*-reël die keersy sou wees van die vermoede dat elkeen geag word om die reg te ken.[39] Terwyl 'n regsvermoede gewoonlik 'n sterk grondslag van normaliteit het, soos Schmidt dit stel,[40] is die genoemde vermoede so ver verwyder van die werklikheid dat dit reeds met beslistheid verwerp is.[41] Die vermoede dat elkeen geag word om die reg te ken, behels nie die fiksie dat elkeen werklik alle regsvoorskrifte ken nie, maar wel die norm dat dit elke regsonderdaan se plig is om hulle te ken.[42] Dit is op hierdie norm wat die toerekening van *culpa* as gevolg van verwytbare regsonkunde gebaseer is, en dit is teen hierdie agtergrond wat die juiste betekenis van *ignorantia juris* vir die skuldleer gesien moet word.

---

[36]91A.
[37]1971 4 SA 11 (T).
[38]19F.
[39]vgl *S v Tshwape* 1964 4 SA 327 (K) 330; *S v Mthalane* 1968 4 SA 256 (N) 258.
[40]CWH Schmidt *Die Bewysreg* (1972) 103.
[41]*Tighy v Putter* 1949 1 SA 1087 (T) 1108; *R v Charangwa* 1962 3 SA 710 (SR) 711.
[42]Vrij a w 284.

Een van die belangrikste beleidsoorwegings agter die *ignorantia juris*-reël is dat indien regsonkunde as verskoning toegelaat word dit deur 'n ieder en 'n elk aangegryp sal word, dit die regspleging sal bemoeilik en die oogmerke van die wetgewer sal verydel. As daar ingesien word dat 'n pleit van regsonkunde nie noodwendig tot vryspraak sal lei nie, maar in gepaste gevalle die skuldverwyt *culpa* tot gevolg kan hê, verdwyn hierdie oorweging grootliks. In die geval van gemeenregtelike misdade is 'n verweer van regsonkunde moeilik denkbaar. Die formulering van die meeste statutêre oortredings is sodanig dat hulle strafbaar is op grond van òf *dolus* òf *culpa*. Waar die wetgewer aangedui het dat slegs *dolus* voldoende vir aanspreeklikheid is, is die afleiding geregverdig dat die wetgewer nie bedoel het om diegene te straf wat in onkunde oortree het nie.[43]

6

Die erkenning van die beginsel dat 'n dader ook onagsaam kan wees ten opsigte van die element van wederregtelikheid, kan bydra tot die oplossing van 'n paar lastige probleme in die Suid-Afrikaanse strafreg. In ons reg word geleer dat moord die wederregtelike, opsetlike en strafbare manslag die wederregtelike nalatige veroorsaking van die dood van 'n medemens is. Nou kom dit as onwetenskaplik voor dat die hooggeregshof gevalle van wederregtelike opsetlike doodsveroorsaking as strafbare manslag bestempel het, byvoorbeeld waar die dader die perke van noodweer oorskry het.[44]

In hierdie tipe saak sal daar gewoonlik gevind word dat faktore soos opgewondenheid, spanning, vrees of woede[45] veroorsaak het, of daartoe bygedra het, dat die dader 'n oordeelsfout omtrent die gewaande regmatigheid van sy optrede begaan het. Hy sou van onagsaamheid verwyt kan word indien hy met die uitoefening van die nodige omsigtigheid kon en behoort te voorsien het dat hy besig was om die perke van toelaatbare noodweer te oorskry. Volgens hierdie benadering kan hy op 'n regswetenskaplike basis aan strafbare manslag skuldig bevind word omdat hy van *culpa* verwyt kan word al het hy gehandel met die opset om te dood. Waar *culpa* aldus bevind word, kan *dolus* nie ook teenwoordig wees nie aangesien wederregtelikheidsbewussyn sal ontbreek. 'n Dader wat kon en behoort te voorsien het dat hy besig is om 'n medemens wederregtelik om die lewe te bring, kan vanselfsprekend nie terselfdertyd ook besef het dat hy besig is om wederregtelik te dood nie. Al het hy dus gehandel met die opset om te dood, ontbreek wederregtelikheidsbewussyn en daarmee *dolus*.

---

[43]Dit sluit aan by die beskouing dat wederregtelikheidsbewussyn 'n *sine qua non* vir die bestaan van *dolus* is – kyk DA Botha *Wederregtelikheidsbewussyn in die Strafreg* ongepubliseerde proefskrif Pretoria 1973.

[44]*R v Molife* 1940 AD 202 204; *R v Mathlau* 1958 1 SA 350 (A) 350; *R v Phiri* 1958 3 SA 161 (A) 166; *R v Krull* 1959 3 SA 392 (A) 399; *R v Mhlongo* 1960 4 SA 574 (A) 580; AV Lansdown en EM Burchell "Intentional Killing Yet Culpable Homicide: Two Recent Decisions" 1958 *SALJ* 154; B v D van Niekerk "Versari resuscitated? Some points on culpable homicide" 1971 *SALJ* 145.

[45]Vgl die opmerkings in *R v Detsera* 1958 1 SA 762 (FC) 767E–F; CR Snyman "Opsetlike Strafbare Manslag" 1971 *THRHR* 184 191.

Sou die redelike man in dieselfde omstandighede ook 'n oordeelsfout begaan het, kan die dader nòg van *dolus* nòg van *culpa* verwyt word en moet hy vry uitgaan; het hy besef dat hy besig is om die perke van noodweer te oorskry, het hy met wederregtelikheidsbewussyn gehandel, is *dolus* teenwoordig en is hy skuldig aan moord (met die moontlikheid natuurlik van 'n bevinding van versagtende omstandighede). So 'n benadering sal wetenskaplik meer verantwoordbaar wees as dié wat in die volgende taal voorgestaan word:

> "If you kill intentionally within the limits of self-defence, you are not guilty. If you exceed those limits moderately you are guilty of culpable homicide; if immoderately, you are guilty of murder."[46]

Die onderhawige benadering kan met ewe veel sukses aangewend word in ander gevalle van doodsveroorsaking wat met die opset om te dood gepaard gegaan het, maar wat deur die hooggeregshof as strafbare manslag bestempel is. Die bewaarder[47] wat weens oorhaastigheid 'n oordeelsfout begaan en 'n ontsnappende gevangene doodskiet voordat dit, soos *ex post facto* mag blyk, werklik nodig was, handel met die opset om te dood maar nie noodwendig *dolo* nie; *culpa* sal teenwoordig wees as die redelike man in sy posisie kon voorsien het dat sy optrede wederregtelik is en daarop kan 'n skuldigbevinding aan strafbare manslag volg.

In *R v Arlow*[48] verklaar die hof met verwysing na die optrede van twee polisiebeamptes wat, in hulle ywer om te voorkom dat die vermeende pangaman ontsnap, 'n persoon wat vir hulle verdag gehandel het, doodgeskiet het, soos volg:

> "Ons beskou dit as onoordeelkundige optrede en nie as die gedrag van moordenaars nie en ons vind beide beskuldigdes skuldig aan strafbare manslag."[49]

Hierdie uitlating mag as gevoelsregspraak bestempel word maar dit bevredig die regsgevoel en dit is slegs die regswetenskaplike basis wat (oënskynlik) ontbreek. 'n Bevinding van onagsaamheid gegrond op die verwytbare dwaling omtrent die regmatigheid van hulle optrede verskaf hierdie basis.

7

In ons regspraak is daar nou minstens twee riglyne vir die bepaling van *culpa* ten opsigte van die regmatigheid van die dader se optrede. In *Wandrag* het die hof bevind dat daar redelikerwys van 'n werkgewer in die boubedryf verwag kan word om homself op hoogte te hou van die regsvoorskrifte wat betrekking het op die indiensneming van werkers in die boubedryf. Versuim hy om dit te doen, kan sy gevolglike regsonkunde tot die verwyt van onagsaamheid lei. Dieselfde sal vermoedelik geld vir 'n persoon wat hom in 'n moderne staat, waarin talle fasette van die regsonderdaan se doen en late deur regsvoorskrifte beheers word, op 'n besondere gebied begeef. Van die motorhawe-eienaar kan seker redelikerwys verwag

---

[46] *R v Krull* 1959 3 SA 392 (A) 399.
[47] *R v Koning* 1953 3 SA 220 (T).
[48] 1960 2 SA 449 (T).
[49] 453G.

word dat hy vertroud moet wees met wetgewing wat op sy vak van toepassing is, en van die hengelaar kan seker verwag word om vas te stel wat die hengelregulasies veroorloof en verbied. Die persoon wat 'n transaksie in diamante wil aangaan, en wat weet dat die diamantbedryf deur streng wetgewing gekontroleer word, kan tereg verwyt word as hy, soos in *Tsochlas*, versuim om regsadvies in te win en dientengevolge wederregtelik handel.

In die Kanonieke reg kan ook voorligting gevind word omtrent die ondersoek na die verwytbaarheid van die dader se regsdwaling of regsonkunde. Daarvolgens het 'n dader geen skuld aan 'n dwaling of onkunde nie indien hy van die bestaan van die wet nie die geringste vermoede gehad het nie, of indien dit vir hom onmoontlik was om homself op hoogte te stel van die bestaan of inhoud van 'n wet, byvoorbeeld deurdat hy nie 'n bevoegde persoon kon raadpleeg nie of deurdat hy nie die nodige literatuur kon bekom nie.[50]

Met behulp van die redelike man-toets, en na aanleiding van die toepassing daarvan om *culpa* te bepaal ten opsigte van die handelingselement, behoort ons howe geen probleme te ondervind om in 'n geëigende geval vas te stel of 'n dader nalatig was met betrekking tot die regmatigheid van sy optrede nie. Die aanwending en uitbou van die beginsel onder bespreking kan ons reg slegs tot voordeel strek vir sover dit enersyds die weg aanwys vir die konsekwente handhawing van die skuldbeginsel, en andersyds een van die bestaansredes van die *ignorantia juris*-reël, 'n reël wat met die skuldbeginsel onversoenbaar is, tot niet maak. □

CRIME, LAW AND THE COMMUNITY

An International Conference on Crime, Law and the Community will be held at the University of Cape Town from 1st to 4th April 1975. *The aim of the conference will be to investigate the extent to which the criminal law and the criminal process can be effectively used in the control of crime and other social problems. Emphasis will be upon the problem of crime in urban areas.*

A conference fee of R10.00 (R3,00 *for students*) *will be payable by those attending the conference. Accommodation in Cape Town can be arranged for those who wish it. A more detailed programme is in preparation and will be available in the near future.*

All enquiries concerning the conference should be addressed to the Director of the Centre for Extra Mural Studies, University of Cape Town, Private Bag, Rondebosch 7700.

[50]R Naz *Dictionnaire de Droit Canonique* vol 5 (1953) bl 440 ev.

ENKELE OPMERKINGS OOR

Die Aksie op grond van Troubreuk

P M Bekker

Universiteit van Pretoria

(*Slot*)

HUIDIGE POSISIE IN ENGELAND EN WALLIS

Wat die Engelse reg betref, moet ten slotte daarop gelet word dat aksies op grond van troubreuk vanaf 1 Januarie 1971 deur artikel 1(1) van die *Law Reform* (*Miscellaneous Provisions*) *Act* 1970 afgeskaf is.

Die posisie is nou dat 'n verlowingsooreenkoms nie 'n kontrak is wat tot 'n verbintenis aanleiding gee nie en geen aksie vir verbreking van sodanige ooreenkoms kan meer in Engeland of Wallis ingestel word nie. Dit maak ook nie saak welke regstelsel op sodanige ooreenkoms van toepassing is nie.

Artikel 1(2) is ook van toepassing op sodanige ooreenkomste wat voor 1 Januarie 1971 aangegaan is, maar affekteer nie aksies wat voor daardie datum ingestel is nie.

Artikel 2 maak voorsiening vir die eiendom van partye wie se verlowing beëindig is. By so 'n beëindiging geld enige regsreël wat betrekking het op die regte van man en vrou met betrekking tot eiendom waarin die een of beide 'n "beneficial interest" het. Die statutêre bepalings wat 'n hof magtig om geskille tussen eggenote rakende hulle eiendom te beslis, is nou ook hier van toepassing.

Die bepalings geld ten aansien van enige geskil tussen die partye of 'n eis deur een van hulle met betrekking tot eiendom waarin die een of beide 'n "beneficial interest" gedurende die verlowing gehad het asof hulle getroud is.

Sodanige geskil moet vir beslegting voorgelê word binne drie jaar na beëindiging van die ooreenkoms.

Dit lyk dus asof die Engelse reg die positiewe interesse-beginsel hier geheel en al aanvaar het.

DIE SUID-AFRIKAANSE POSITIEWE REG

Die groot probleem waarmee die howe by 'n aksie weens troubreuk te kampe het, is in die *McCalman*-saak uiteengesit.

Op bladsy 91 van die verslag verklaar waarnemende regter Carlisle dat die aksie om skadevergoeding weens troubreuk wesenlik modern van aard is aangesien dit in sy huidige vorm geen plek in die Romeins-Hollandse reg gehad het nie. Dan verwys die regter na die Skotse reg en verklaar dat ook in Engeland 'n aksie om skadevergoeding nie voor die Hervorming ingestel kon word nie omdat die huwelik onder die jurisdiksie van die kerk geval het. Daarom is verklaar dat "no authorities of a very early date can accordingly be expected to throw light upon the question and it must be solved mainly upon principle".[67]

Gevolglik, verklaar regter Carlisle, was "our Courts . . . in the same position as the Courts of England and Scotland. They had to find a measure of damage applicable to a contract the breach of which led to consequences different from those which follow in ordinary cases, because the contract itself is *sui generis*."

Het die howe maar die Skotse beginsels gevolg, sou die gevolge baie meer in ooreenstemming met ons gemeenregtelike beginsels gewees het aangesien uit die Skotse reg die volgende blyk. Spesifieke nakoming kan nie gelas word nie; skadevergoeding kan aan 'n eiser(es) toegestaan word vir alle noodsaaklike uitgawes wat redelikerwys met die oog op die beloofde huwelik aangegaan is; genoegdoening kan toegestaan word vir persoonlikheidskrenking; en "exemplary damages" word glad nie erken nie.[68]

Dit is tog duidelik in ons reg dat 'n daad van kontrakbreuk met die skending van die mede-kontraktant se persoonlikheidsreg gepaard kan gaan. Dit wil sê: deur een handeling kan 'n kontraktant tegelykertyd èn kontrakbreuk èn 'n *iniuria* teenoor sy mede-kontraktant pleeg.[69]

Volgens algemene beginsels is dit ook duidelik dat die onskuldige party by die verbreking van 'n verlowingskontrak sowel skadevergoeding weens die kontrakbreuk as genoegdoening weens persoonlikheidskrenking behoort te kan verhaal. In ons reg het verwarring ontstaan omdat hierdie twee aksiegronde nie behoorlik van mekaar onderskei is nie. Dit het gelyk asof die verbreking van 'n verlowingskontrak *per se* 'n *iniuria* daarstel. 'n Globale som is as skadevergoeding (en genoegdoening?) toegeken en gevolglik is die elemente van die onregmatige daad *iniuria* oor die hoof gesien. Daar is nie eers vasgestel of *animus iniuriandi* teenwoordig was nie en die blote feit dat die verlowingskontrak verbreek is, het sonder meer tot 'n eis om genoegdoening aanleiding gegee.

Om bogenoemde bewerings te staaf, sal kortliks na 'n paar gewysdes verwys word.

In *Mocke v Fourie*[70] is daar aan die eiser een sjieling (10c) skadevergoeding toegestaan. Die hoofregter redeneer soos volg: aan die eiser sal

---

[67]Verwysende na *Findlay v Chirney supra.*
[68]David M Walker *The Law of Damages in Scotland* (1955).
[69]Van der Merwe en Olivier a w 410. Meer word later hieroor gesê.
[70]*supra* 315.

skadevergoeding toegestaan word indien hy skade gely het. Dit blyk egter nie die geval te wees nie aangesien die verweerderes geen eiendom besit het nie. Haar ouers was welgesteld maar daar is nie bewys dat hulle haar enigiets vir die huwelik sou gee nie. Finansiële skade is gevolglik nie bewys nie.

Ook verklaar die hoofregter dat "if her conduct had been heartless in the matter, if he had proved any heartlessness in her jilting him, no doubt the Court might mark its sense of her conduct by giving damages against her."[71] Die hoofregter konkludeer egter dat dit 'n gewone geval is van 'n jong meisie wat later besef dat sy die eiser nie lief genoeg gehad het om met hom te trou nie. Sy het die eiser so ingelig en hom gevra om die aangeleentheid te heroorweeg. Volgens die hoofregter was dit "a very sensible thing on the part of the young lady."

Dit blyk dus duidelik dat indien die algemene beginsels van die *actio iniuriarum* en die *actio legis Aquiliae* hier toegepas was, daar geen sprake van persoonlikheidskrenking of finansiële skade kon wees nie. Nogtans verklaar die hoofregter "as it is necessary (hoekom?) that some damages should be given, we think that one shilling will satisfy the justice of the case." Ten slotte is selfs geen kostebevel gemaak nie.

Bogenoemde beslissing is onverklaarbaar in die lig van ons gemeenregtelike beginsels.

In *Triegaardt v Van der Vyver*[72] het regterpresident Kotzé nooit in sy uitspraak melding gemaak van enige finansiële skade wat die eiseres sou gely het nie. Wat die "feelings . . . and the amount of moral suffering" van die eiseres betref, blyk dit dat die verweerder op 'n ander vrou verlief geraak het. Eiseres eis skadevergoeding per brief van hom en gevolglik bied hy aan om te trou "if she wished to marry him without love." Dit tesame met die feit dat die verweerder toe met 'n ryk dame in die huwelik gaan tree het, word beskou as "an aggravation of the defendant's behaviour".

Sonder om enigsins die toepaslike regsbeginsels ten aansien van *iniuria* te bespreek, word 'n bedrag van £200 (R400) plus koste aan die eiseres toegestaan.[73]

Ook in *Radlof v Ralph*[74] het regter Hutton bevind dat die finansiële skade wat die eiseres gely het "trifling" was; verweerder was arm en wat eiseres se "wounded feelings" betref, het verweerder aan haar geskryf ten einde die verlowing te verbreek. Die regter verklaar slegs:

> "She did sustain a pretty severe shock. But she seems to have recovered very rapidly, because we find that shortly after this occurrence she threw herself with enthusiasm into all the social pleasures . . . and for the rest . . . she devoted all her energies to an attempt to obtain as large a sum as possible by way of damages".

---

[71]'n Duidelike toepassing van die Engelsregtelike "exemplary damages"-beginsels.
[72]*supra*.
[73]Daar kan aanvaar word dat R400 'n geweldige bedrag "genoegdoening" vir die jaar 1910 was.
[74]1917 EDL 168 174.

Ten spyte van alles wat die regter gesê het (en wat hy nie gesê het nie), word £75 (R150) met koste aan die eiseres toegestaan – met alle respek, 'n groteske minagting van die beginsels van die *actio iniuriarum*.

Smit v Jacobs[75] is 'n suiwer toepassing van "exemplary damages". Hoofregter Maasdorp staan in die volgende omstandighede in 'n ses-reël uitspraak £100 (R200) met koste aan die eiser toe vir die "particularly heartless proceeding." Gedurende 1912 het eiser en verweerderes verloof geraak; die huwelik sou in Oktober 1917 plaasvind; verweerderes skryf later aan eiser dat die huwelik weens die siekte van haar suster uitgestel moes word; eiser stem toe. Op 12 November ontvang hy toe 'n telegram dat verweerderes reeds met 'n ryk boer te Fauresmith getroud is.

Weens die feit dat die eiser grootliks gely het, verklaar hoofregter Maasdorp dat "we mark our sense of that conduct by giving substantial damages."

In die lig van wat reeds gesê is, is kommentaar op hierdie beslissing waar "exemplary damages" weer sy kop uitsteek, met respek, oorbodig.

Al die verwarrende aspekte wat reeds genoem is, het neerslag gevind in *McCalman v Thorne*.[76] Daar word bevind dat troubreuk *per se* 'n *iniuria* daarstel en dat dit nie nodig is om uitdruklik 'n eis daarvoor in te stel nie. Waarnemende regter Carlisle bevind dat dit reeds vir baie jare die praktyk in Suid-Afrika is om 'n globale som in troubreukaksies te eis.[77]

Die *McCalman*-saak is deur die Natalse provinsiale afdeling in *Mymenah v Cassim Rahim* nagevolg.[78] Daar word weer uitdruklik beslis dat troubreuk *per se* 'n *iniuria* daarstel:

> ". . . a plaintiff may in addition recover damages for the injuria which the breach involves. And damages for the injuria may be awarded even if they are not expressly claimed as such."[79]

In hierdie stadium was die posisie gevolglik dat indien 'n verweerder(es) troubreuk pleeg, dit ook *per se* as 'n *iniuria* beskou word, waarvoor aan die eiser(es) genoegdoening toegeken word; dit is ook nie nodig om uitdruklik daarvoor aksie in te stel (of dit te bewys nie); 'n globale som word as skadevergoeding toegestaan en boonop kan "exemplary damages" ook nog toegestaan word.

Gelukkig het die beslissing in *Guggenheim v Rosenbaum*[80] gevolg.

In genoemde saak eis eiseres in 'n aksie op grond van troubreuk ". . . general damages and particular items of actual and prospective loss and expenditure which she alleges were and will be caused by the defendant's breach of promise".[81]

---

[75]1918 OPD 30.
[76]*supra*.
[77]Weer eens, met respek, 'n algehele miskenning van die onregmatige daad *iniuria* en die vereistes van die *actio iniuriarum*.
[78]1943 NPD 229.
[79]bl 230 van die verslag. Sien ook verder *Combrink v Koch* 1946 NPD 512.
[80]1961 4 SA 21 (W).
[81]bl 33 van die verslag.

Wat terminologie betref, is dit interessant om daarop te let dat Buchanan verklaar dat daar in moderne uitsprake 'n neiging bestaan "to get away from the technical distinction between special and general damages in favour of observing the much more real distinction between patrimonial (or pecuniary) and non-patrimonial (or non-pecuniary) damages, incidentally using the term 'general damages' to refer exclusively to the vast conglomeration of heads of non-patrimonial damages . . ."[82]

Hierdie ontwikkeling word verwelkom omdat dit slegs tot regsuiwerheid kan meehelp. In Afrikaans word reeds die onderskeid gemaak tussen skadevergoeding (vergoeding vir vermoënsbenadeling) wat met die *actio legis Aquiliae* geëis word, en genoegdoening (vergoeding vir persoonlikheidskrenking) geëis met die *actio iniuriarum.*

Ons reg is egter nie meer aan 'n formele aksieprosedure gebonde nie en die naam van die aksie waarmee ageer word, hoef nie uitdruklik in die pleitstukke vermeld te word nie. Prosesregtelike vermenging van aksies kan egter tot verwarring lei. Waar byvoorbeeld op twee aksiegronde staatgemaak word en hulle nie prosessueel uitmekaar gehou word nie, kan dit lei tot 'n gekombineerde vordering wat volgens een stel beginsels beslis word, alhoewel die twee aksies in der waarheid heeltemal verskillend mag wees en verskillende regsbeginsels op die afsonderlike aksies van toepassing mag wees.[83]

So 'n verwarrende wyse van ageer, het regter Trollip, met respek, op ondubbelsinnige wyse verwerp en so die verwarring wat dit in die verlede veroorsaak het, uit die weg geruim. Die eiseres het nie spesifiek op *iniuria* gesteun nie maar haar advokaat het betoog

> ". . . that if it was held that she had failed to prove the actual loss that she had suffered, the Court would nevertheless take into account, in fixing the amount of general damages, that she had sustained some unascertained but appreciable loss in those respects."[84]

Regter Trollip toon duidelik aan dat die opvatting dat troubreuk *per se* 'n *iniuria* daarstel, uit die Engelse reg afkomstig is en hy verwys spesifiek na *Findlay v Chirney.* Hierdie opvatting word deur regter Trollip verwerp waar hy op bladsy 34 van die verslag verklaar:

> "Here breach of promise itself did not give rise to an *injuria* which would have entitled the plaintiff to include a claim for damages for personal wrong in her action; if the breach, however, was committed in circumstances that also constituted *injuria,* then doubtless she could have included such a claim as a separate cause of action . . ."

Regter Trollip verwys[85] dan na Melius de Villiers[86] waar die skrywer hom soos volg uitlaat:

---

[82]1965 *SALJ* 457 458.
[83]Sien in die algemeen Van der Merwe en Olivier a w 280.
[84]bl 33 van die verslag.
[85]bl 35 van die verslag.
[86]*On Injuries* 26.

"A breach of contract is not, in its nature, an injury. The duty of fulfilling one's contracts is one that does not arise from the respect due to the other parties thereto . . . So also, a breach of promise of marriage is not necessarily an injury. The favourable inclination of a man towards a woman may turn to aversion from numerous other causes than those which reflect upon her character, and there may be cases where a breach of promise of marriage may be occasioned by reasons which are strictly honourable. It might, however, be an injury when a person wilfully enters into an agreement to marry another which he does not intend keeping with the object of exposing that other to ridicule, or when he justifies his action by giving reasons for his conduct which are slanderous and untruthful."

Hierdie is, met respek, 'n suiwer toepassing van ons gemeenregtelike en algemene regsbeginsels en word heelhartig verwelkom.

McCalman se saak word gevolglik uitdruklik op hierdie punt verwerp.[87] Daar word aan die hand gedoen dat die *Mymenah*- en *Combrink*-sake, wat die *McCalman*-saak gevolg het, hoewel nie uitdruklik nie, ook deur regter Trollip verwerp is.[88]

Die *McCalman*-saak word verder verwerp waar, in navolging van Engelse reg, beslis is dat dit nie nodig is om uitdruklik weens *iniuria* te eis nie. Die "practice in South Africa . . . to permit a plaintiff to sue for a lump sum as compensation in breach of promise cases,"[89] word verwerp, want dit is "generally advisable to separate in the composite action the contractual and delictual elements and the damages claimed for each." Dit sal "conduce to clarity of thinking in assessing the general damages because each of the elements is governed by its own special principles that might be confused if not separately considered."[90]

Ook hierdie beginsels wat gestel is, word, met respek, as juridies suiwer verwelkom.

Dit is interessant om daarop te let dat die betoog van die appellant se advokaat in die *McCalman*-saak, waarna hierbo[91] volledig verwys is, feitlik in sy geheel deur regter Trollip aanvaar is.[92]

Wat die deliktuele element van hierdie aksie betref, is die suiwer regsposisie dus nou soos volg: troubreuk *kan* met persoonlikheidskrenking gepaard gaan hoewel dit nie *per se* die geval is nie. In 'n aksie om skadevergoeding en genoegdoening weens troubreuk moet die feite wat *iniuria* daarstel spesifiek gepleit word, persoonlikheidskrenking moet bewys word en dit moet apart gehou word van die eis om skadevergoeding vir vermoënskade, anders kan dit tot verwarring en onsuiwer beslissings lei.

Dit is net jammer, met respek, dat regter Trollip nie ook die Engelsregtelike beginsel van "exemplary damages" verwerp het nie – soos sterk betoog deur die advokaat in die *McCalman*-saak.[93]

---

[87]bl 35–6 van die verslag.
[88]Sien bl 35 van die verslag.
[89]bl 92 van die verslag in die *McCalman*-saak.
[90]bl 36 van die verslag.
[91]Sien voetnoot 21 hierbo, verwysende na die teks.
[92]Sien die regter se verwysing na hierdie betoog op bl 34 van die verslag.
[93]bl 88 van daardie verslag.

Regter Trollip verwys daarna as 'n Engelsregtelike beginsel.[94] Op die feite bevind hy dat die verweerder se gedrag wel 'n *iniuria* daarstel.[95] Die regter stel voorts die vraag of die verweerder se gedrag teenoor die eiseres sodanig was dat die "damages should be increased" en bevind dat dit nie die geval is nie.

Wat hierdie aspek betref, word die volgende, wat nie in stryd met regter Trollip se uitspraak skyn te wees nie, aan die hand gedoen: soos *Halsbury* dit self stel,[96] moet "aggravated damages" van "exemplary damages" onderskei word. Laasgenoemde is "punitive or deterrent" van aard terwyl eersgenoemde, soos dit in genoemde werk lyk, "compensatory" van aard is. Hierdie onderskeiding word geheel en al ondersteun.

Wanneer 'n verweerder dus in 'n aksie op grond van troubreuk die persoonlikheid van die eiser(es) gekrenk het, moet die bedrag van genoegdoening deur die regterlike amptenaar bepaal word. Dié berekening is in sy diskresie wat regterlik uitgeoefen moet word. Alle faktore moet in ag geneem word en indien 'n verweerder die eiser(es) se persoonlikheid ernstig gekrenk het, sal uit die aard van die saak meer genoegdoening toegeken word as in 'n geval waar die krenking nie so ernstig is nie. Die erns van die krenking is telkens 'n feitelike vraag.[97]

Waar dus gepraat word van optrede van 'n verweerder wat "an aggravation of the defendant's behaviour" is en "an aggravation of his treatment of the plaintiff",[98] is sodanige stellinge heeltemal in ooreenstemming met die hierbogestelde standpunt dat dit slegs dui op 'n ernstige persoonlikheidskrenking met gevolglike hoër genoegdoening – met die voorbehoud dat die koppeling daarvan aan die beginsel van "exemplary damages" soos voorheen gedoen is, verwerplik is.

Soos reeds aangedui, het regterpresident Kotzé in die *Triegaardt*-saak verwysende na die *Findlay*-saak, die beginsel van "exemplary damages" aanvaar. Sy volgende stelling is egter ook in ooreenstemming met die aangebode oplossing:

> "Without adopting every word of that statement, it may safely be laid down that the feelings of the plaintiff should be considered in arriving at the amount of the damages."

Daar blyk dus dat die regterpresident bloot in gedagte het dat by berekening van die omvang van die genoegdoening die erns van die persoonlikheidskrenking in gedagte gehou moet word. Sy verwysing na "exemplary damages" is egter verwerplik, soos reeds aangetoon.

---

[94]bl 34 van die verslag.
[95]bl 41–2 van die verslag.
[96]1971-byvoegsel nota op § 473.
[97]bv indien die verweerder bedrieglik opgetree het – of na die troubreuk voortgegaan het om die eiser(es) se karakter en reputasie onregverdiglik aan te val – Hahlo a w 53–4. Daarteenoor sal die krenking en gevolglik die genoegdoening minder ernstig wees indien die eiseres bv voorheen intiem met ander manspersone verkeer het – *Combrink v Koch* (*supra*).
[98]Sien die *Triegaardt*-saak hierbo aangehaal.

Ek hoop dat die beginsel van "exemplary damages" in die toekoms uitdruklik verwerp sal word en dat die aangeleentheid op die gesonde basis soos hierbo bespreek, geplaas sal word.[98a]

In die lig van die *Guggenheim*-beslissing kan daar kortliks weer gekyk word na enkele sake wat in die verlede beslis is:

1 *Mocke v Fourie*[99]

Dit skyn asof regter Trollip aanvaar dat indien 'n verweerder die troubelofte erken "but breaks the engagement in a sensible and non-contumelious manner" daar tog geen sprake van 'n *iniuria* kan wees nie. Hy verwys dan na die *Mocke*-saak sonder om 'n bevinding daaroor te maak. Dit blyk egter duidelik dat hierdie beslissing weens die *Guggenheim*-saak, soos reeds hierbo aangetoon is, nie staande kan bly nie.

2 *Duncan v Willson*[100]

In hierdie saak was die verweerder nog getroud toe hy 'n troubelofte met eiseres aangegaan het. Huiwerig, maar met respek, korrek verklaar hoofregter Bale op bladsy 629 "(t)hat she would in such a case have a . . . claim to compensation for injury done to her feelings . . ."[101] Op bladsy 628 verklaar die hoofregter dat ". . . (i)t occurred to me that damages might not be recoverable in respect of a contract *contra bonos mores* . . ." Dat die ooreenkoms *ab initio* nietig is as synde strydig met goeie sedes is korrek.[102] Wat by die hoofregter "opgekom" het, was, met respek, ook korrek.

Dan kry sy jammerhartigheid vir die eiseres egter die oorhand. "It would be extremely unfortunate if a woman whose feelings had been injured . . . were held to be entitled to no *solatium* whatever."[103] Die hoofregter gaan dan heen en baseer sy toekenning van skadevergoeding op 'n stilswyende waarborg dat die verweerder nog ongetroud is.

Ook Hahlo[104] stel voor dat die basis vir skadevergoeding 'n "breach of warranty of capacity" is en soos te verwagte is, word Engelse beslissings as gesag aangehaal.[105]

Indien suiwer regsbeginsels soos in die *Guggenheim*-saak toegepas is, sou die korrekte beslissing soos in *Viljoen v Viljoen* bereik gewees het.[106]

Die hof verklaar dat dit nie 'n aksie vir troubreuk is nie "because a married man cannot make a valid promise of marriage to anyone . . ."[107]

[98a]Sien nou die verfrissende twyfel wat hr Beadle oor hierdie aspek uitgespreek het: *Mahomed v Kassim* 1973 2 SA 1 (RA) 11 12.

[99]*supra.*

[100]*supra.*

[101]Dit is in ooreenstemming met *Viljoen v Viljoen* 1944 CPD 137.

[102]Hahlo a w 42–3.

[103]bl 628 van die verslag.

[104]Hy het dieselfde probleem aangesien hy op bl 42 verklaar dat die ooreenkoms *ab initio* nietig is.

[105]bl 55.

[106]*supra.*

[107]bl 137 van die verslag.

Tereg verklaar die hof dat skadevergoeding vir kontrakbreuk nie toegestaan kan word nie maar dat slegs genoegdoening gegee kan word "for the *injuria* suffered by the plaintiff."[108]

Genoegdoening vir die *iniuria* word gevolglik met koste aan die eiseres toegestaan. Indien 'n eiseres egter bewus daarvan is dat die man getroud is, kan sy nie slaag nie.[109]

3 *Desco v Santich*[110]

In hierdie saak het die eiser die verweerder op grond van troubreuk aangespreek. Verweerder het onder andere gesê: "(i)t is very nice here, because you can play with the men just as you like and you are not condemned by the Court."[111] Die hof beslis soos volg: "There is no doubt that his feelings were hurt by the refusal of this lady to marry him, but it is not usual in this Court to give damages to a man . . . unless the man can clearly prove the actual damages he has sustained."[112] Dit wil sê, 'n man se persoonlikheid kan gekrenk word, maar die hof sal nie genoegdoening gee nie![113]

Die hof gaan voort: "The damages which he mentions now are wholly indirect damages; there is nothing to show direct damages."

Indien die hof dan konsekwent wou wees, moes daar geen skadevergoeding toegestaan gewees het nie. Tog word die verweerderes gelas om 'n ring terug te gee en om £17.19.0 (R35,90) aan die eiser te betaal, synde skadevergoeding vir materiaal wat hy aan haar gegee het.

Hierdie saak is met respek 'n duidelike illustrasie van 'n gebrek aan "clarity of thinking", gepaardgaande met "confusion with consequent injustice"[114] – in hierdie geval 'n onreg aan die eiser omdat geen genoegdoening toegestaan is nie.

4 *Triegaardt v Van der Vyver*[115]

In hierdie saak het verweerder se liefde vir eiseres klaarblyklik afgekoel. Hy skryf aan haar en lig haar daaromtrent in. Eiseres het onkoste van £30 (R60) vir 'n bruidsuitset aangegaan. Sonder om op hierdie vermoënskade in te gaan, word £200 (R400) aan eiseres toegestaan omdat "the plaintiff . . . suffered extremely through the conduct of the defendant."

---

[108]Indien die *actio legis Aquiliae* egter sy logiese eindontwikkeling bereik het, behoort skadevergoeding nie ook toegestaan te kan word nie? Myns insiens het die hof tog hier gefouteer deur nie skadevergoeding op hierdie basis toe te ken nie. Sien Van der Merwe en Olivier a w 136.

[109]*Claassen v Van der Watt* 1969 3 SA 68 (T) en gesag daar aangehaal.

[110]1907 17 CTR.

[111]bl 165 van die verslag.

[112]bl 166 van die verslag.

[113]Dit wil sê 'n reg wat nie afgedwing kan word nie.

[114]Per regter Trollip in die *Guggenheim*-saak 36.

[115]*supra.*

Die aksie is ingestel op 'n soortgelyke wyse as in die *McCalman*-saak met die gevolglike verwarring waarna regter Trollip verwys het.

'n Mens kan jou op die feite van die saak afvra of daar in die lig van die *Guggenheim*-beslissing hoegenaamd enige *iniuria* was, en of verweerder nie moontlik die verlowing op 'n "sensible and non-contumelious manner in the interests of both parties" verbreek het nie.[116] Dit sal egter telkens 'n feitelike vraag wees.

5 *Radlof v Ralph*[117]

Regterpresident Graham het glad nie eers op die aspek ingegaan of die eiseres vermoënskade gely het nie en volgens regter Hutton is vermoënskade wat sy gely het "if any . . . trifling".[118]

Dit is dan ook nie verbasend nie dat die regterpresident verklaar dat hierdie saak ietwat soortgelyk is aan die *Mocke*-saak. Dieselfde kritiek wat hierbo teen laasgenoemde saak uitgespreek is, geld ook hier. In ieder geval kan dit betwyfel word of die eiseres op die feite van die saak enige persoonlikheidskrenking gely het. Die twyfel is egter direk daaraan toe te skryf dat die hof nie 'n afsonderlike ondersoek volgens die beginsels van toepassing op die *actio iniuriarum* ingestel het nie.

6 *Smit v Jacobs*[119]

Sonder om na die *Desco*-saak te verwys, verklaar hoofregter Maasdorp ook dat die hof gewoonlik nie genoegdoening aan 'n man gee nie. Smit is egter baie gelukkiger as arme Desco want genoegdoening word inderdaad aan hom toegestaan; of kan die onderskeid dalk in die verwerplike "exemplary damages" gevind word? Die hoofregter verwys ook glad nie na algemene beginsels nie en verklaar slegs dat "we mark our sense of that conduct by giving substantial damages" – £100 (R200) met koste word toegeken.

7 *McCalman v Thorne, Mymenah v Cassim Rahim en Combrink v Koch*

Hierdie drie sake kan saam behandel word aangesien die laaste twee die eerste slaafs nagevolg het. Daar word volstaan deur weer eens na die *Guggenheim*-saak te verwys.[120]

SKADEVERGOEDING

Soos reeds uit die bespreking van bogenoemde sake geblyk het, is daar geen juridiese kriterium by die berekening van skadevergoeding toegepas nie.

Engelse reg is slaafs nagevolg,[121] en dit sal gevolglik geen moeite loon om verder op hierdie sake in te gaan nie.

---

[116] *Guggenheim*-saak 41.
[117] *supra*.
[118] bl 174 van die verslag.
[119] *supra*.
[120] Sien die bespreking hierbo.
[121] Sien byvoorbeeld die *McCalman*-saak 90 en *Halsbury* § 413.

Die vraag is bloot: moet die eiser(es) se *positiewe* of *negatiewe interesse* vergoed word, of is daar dalk 'n moontlike kriterium *sui generis* weens die aard van die kontrak? Daar moet egter hier goed in gedagte gehou word dat volgens suiwer beginsels persoonlikheidskrenking nie hier ter sake is nie, maar bloot vermoënsnadeel.

In die Romeins-Hollandse reg is 'n party se positiewe interesse vergoed hoewel die aksie weens die remedie van spesifieke nakoming onontwikkeld was. Eersgenoemde regsmiddel het slegs ter sprake gekom waar die eiser weens die dood of huwelik van die teenparty nie spesifieke nakoming kon eis nie.[122] Waar 'n party gesterf het terwyl hy *in mora* was, kon die teenparty sy/haar *id quod interest* verhaal, dit wil sê werklike skade gely weens die verbreking van die troubelofte, asook alle voorsienbare verlies wat nog gely sou word tesame met alle voorsienbare voordele en winste wat verbeur is of nog in die toekoms verbeur sou word.

Wat werklike skade betref, kan byvoorbeeld genoem word onkoste wat in verband met 'n huweliksonthaal en troukaartjies aangegaan word. Dit is myns insiens onmoontlik en ondoenlik om alle moontlike vorme van skade te noem aangesien dit telkens 'n feitelike vraag is wat aan die hand van die besondere feite van elke geval beantwoord moet word.

Daar moet egter gewaak word teen 'n duplikasie van skadevergoeding.[123] Uitgawes en verliese aangegaan of gely sowel voor as na die troubreuk, kan toegestaan word maar slegs indien sodanige skade nie deur 'n toekenning vir toekomstige skade gedek word nie. Indien 'n eiseres dus haar beroep laat vaar het ten einde in die huwelik te tree en nie in staat is om 'n soortgelyke betalende pos te kry nie, kan sy sodanige skade verhaal. Streng gesproke sou sy by positiewe interesse moontlik in ieder geval nie weer gaan werk het nie en kan slegs toekomstige skade aan haar toegestaan word.

Toekomstige skade veroorsaak egter probleme. Veronderstel twee partye het verloof geraak en het ooreengekom om later binne gemeenskap van goedere te trou. Die man pleeg later troubreuk. Indien, bereken volgens positiewe interesse, die meisie geplaas moet word in die posisie waarin sy sou gewees het indien die huwelik wel plaasgevind het, moet sy vergoed word asof sy met die verweerder binne gemeenskap van goedere getroud is.[124] Veronderstel die man het bates van een miljoen rand; moet R500 000 aan haar toegestaan word? Indien nie, veronderstel die man het net na die huwelik gesterf. Dan sou die eiseres op minstens haar helfte van die gemeenskaplike boedel, dit wil sê R500 000 geregtig wees. Veronderstel egter die eiseres sou net na die huwelik owerspel gepleeg het en daardeur, weens 'n daaropvolgende egskeiding, die voordele van 'n huwelik binne gemeenskap van goedere verbeur. Moet nou geen skadevergoeding aan haar toegestaan word op hierdie moontlikheid nie? Indien eiseres egter finansieel beter daaraan toe is as verweerder, beteken dit dat sy dan niks kan verhaal nie?

---

[122]Van den Heever a w 11 en 37–8.
[123]Van den Heever a w 38 en die *Guggenheim*-saak 37.
[124]Van den Heever a w 38 en verwysings aldaar.

Hier kom die beginsel van *Cos*[125] ter sprake, naamlik "[s]chaden en interessen naar den oordeel en arbitrage van den Regter." Dit blyk dat die beginsel van redelikheid in ander regstelsels hier 'n belangrike rol speel.[126]

By die beginsel van positiewe interesse veroorsaak die aspek van gederfde wins enigsins 'n praktiese probleem, soos onmiddellik hierbo geïllustreer. Ander regstelsels het nie die probleem nie aangesien skadevergoeding volgens negatiewe interesse bereken word en gederfde wins gevolglik nie ter sprake kom nie.[127] Om streng te hou by 'n begrip soos positiewe interesse[128] verskaf probleme soos uit die *Guggenheim*-saak blyk.

Hahlo[129] verklaar gevolglik dat die finansiële posisie van die partye 'n rol moet speel by die vasstelling van die skadevergoeding ten aansien van verlies van huweliksvoordele maar sê dat dit nie volg dat die eiser(es) geregtig is om in dieselfde finansiële posisie geplaas te word as waarin hy/sy sou gewees het indien die huwelik plaasgevind het nie.

Dit word betoog dat dit dieselfde is as om te sê dat die beginsel positiewe interesse is, maar daar is "factor(s) that must abate the loss to some extent".[130]

Neem die voorbeeld hierbo genoem van die eiseres wat verloof raak aan die miljoenêr wat later troubreuk pleeg. Indien die begrip positiewe interesse streng toegepas word, moet die resultaat soos volg wees: Indien die partye binne gemeenskap van goedere sou trou, is die eiseres geregtig op 'n gelyke onverdeelde helfte,[131] dit wil sê R500 000. Die eiseres kan egter nie voortleef met 'n reg op 'n onverdeelde helfte nie en gevolglik behoort haar deel aan haar toegeken te word. Volgens regter Trollip moet "abatement" dan plaasvind. Hy neem in aanmerking dat sy moontlik later kan trou en dat haar huwelik met die verweerder, indien dit sou plaasgevind het, moontlik nie lank sou geduur het nie. Hy meen ook dat, op die feite voor hom, die verweerder in so 'n geval die eiseres sou verlaat het en dat by egskeiding eiseres onderhoud of 'n globale som kragtens artikel 10 van die Wet op Huweliksaangeleenthede 1953, sou ontvang.

Dit is tog nie 'n streng toepassing van die beginsels van positiewe interesse soos van toepassing op handelskontrakte nie, en gevolglik is ek van mening dat Hahlo en regter Trollip se standpunte nie wesenlik van mekaar verskil nie, dat dit net op 'n ander wyse gestel word; dat dit duidelik blyk dat "schaden en interessen naar den oordeel en arbitrage van den Regter" bereken moet word en dat, weens die verskille wat bestaan tussen handels-

---

[125] *Boedelmenging* par 2.

[126] Sien bv par 1297 *BGB*.

[127] Nederland: art 113 *BW*; Duitsland: par 253, 1298 en 1299 *BGD* en Asser *Handleiding tot de Beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht* 1e deel 1e hfst 45; Frankryk: Asser a w 46; Switserland: Hahlo 1946 *SALJ* en art 92 van die Switserse kode.

[128] Handelskontrakte en aksies op grond van troubreuk kan tog nie oor dieselfde kam geskeer word by die bepaling van die omvang van skadevergoeding nie – die kontrakte verskil wesenlik.

[129] a w 53.

[130] Per regter Trollip in die *Guggenheim*-saak 40.

[131] Hahlo *op cit* 209–10 en gesag daar aangehaal.

en verlowingskontrakte, daar nie dogmaties gestaan moet word op die strenge beginsels van positiewe interesse nie.

Ten slotte kan net gekyk word na hoe regter Trollip te werk gaan om die skadevergoeding te bereken.[132] Dit blyk myns insiens duidelik dat die geleerde regter inderdaad nòg positiewe interesse nòg negatiewe interesse suiwer toepas, maar eerder die redelikheid vooropstel – hoewel dit nie uitdruklik as die kriterium genoem word nie.

Die afsonderlike hoofde word in navolging van regter Trollip numeries behandel:

1 Verlies weens verkoop van motor

Weens haar vertrek na Suid-Afrika om in die huwelik te tree, het eiseres haar motor vir $550 verkoop. Sy het beweer dat die waarde van die motor toe in werklikheid tussen $1 200 en $1 300 was. Indien positiewe interesse as kriterium toegepas is, moes geen skadevergoeding onder hierdie hoof toegeken gewees het nie. In die geval van negatiewe interesse sou eiseres fiktiewelik nie die motor verkoop het nie, maar sy het inderdaad wel. Dus moet gekyk word na die bedrag wat vir die motor ontvang is en dit moet afgetrek word van die bedrag wat die motor se waarde sou wees indien dit nog in haar besit was. Dit skyn asof regter Trollip hier òf negatiewe interesse toegepas het[133] òf *redelikheid*, aangesien hy sê daar is "no evidence to prove that $550 was not a fair price for the motor car at the time it was sold."[134]

2 Verlies weens verkoping van meubels

Die posisie is presies dieselfde soos onder 1 hierbo bespreek.

3 Verpakkings- en bergingskoste van eiseres se besittings

Hier is dit met respek duidelik dat regter Trollip op 'n pad tussen positiewe en negatiewe interesse beweeg.

Eiseres het haar besittings in die VSA vanaf 15 Januarie geberg. Die partye sou op 1 April 1960 getrou het. Die regter veronderstel dat indien die partye in die huwelik getree het (dit wil sê positiewe interesse), die goedere vir die tydperk 15 Januarie tot 15 April gestoor sou gewees het. Dié onkoste word gevolglik toegestaan.

Dit is egter weer 'n toepassing van die beginsel van negatiewe interesse. Die eiseres behoort tog nie ook vergoed te word vir uitgawes wat vir haar nodig was om die huwelik te laat plaasvind nie. Sodanige uitgawes was juis nodig vir die ontvangs deur haar van die huweliksvoordele wat sy nou in elk geval in die vorm van skadevergoeding verkry het.

---

[132]bl 37–40 van die verslag.
[133]Vergoeding is hier geweier.
[134]Op bladsy 37 van die verslag.

4 Verlies aan inkomste

Geen vergoeding is hier toegeken nie en dit skyn asof die regter hier-positiewe interesse in gedagte gehad het.

5 Verlies deur eiseres van haar woonstel

Dieselfde geld as wat hierbo onder 4 gesê is.

6 Koste om na New York terug te keer

Vergoeding word hier geweier omdat dit "would amount to duplication of damages with the amount awarded for prospective loss".

Indien positiewe interesse hier as kriterium toegepas is, moes die eiseres so na as moontlik geplaas word in die posisie waarin sy sou verkeer het indien die huwelik wel plaasgevind het. Indien die huwelik dus wel plaasgevind het, sou dit nie vir haar nodig gewees het om na New York terug te keer nie en moes hierdie uitgawe dus vergoed gewees het.

Dit is egter interessant om daarop te let dat indien negatiewe interesse hier bereken sou word, hierdie onkoste ook toegestaan sou moes word.

SLOTBESKOUING

Die vraag kan nou kortliks gestel word welke kriterium toegepas moet word by die berekening van skadevergoeding aan die benadeelde.

Ek meen dat die berekening volgens positiewe interesse, soos by handelskontrakte, verwerp behoort te word omdat dit net nie hier weens die eiesoortige aard van die verlowingsooreenkoms suiwer toegepas kan word nie.

Indien 'n mens voor die uitdruklike keuse tussen positiewe of negatiewe interesse gestel word, bly gevolglik slegs laasgenoemde oor.

Myns insiens is daar slegs een van twee moontlikhede wat gevolg kan word by die berekening van skadevergoeding:

(i) negatiewe interesse, òf

(ii) die erkenning van die eiesoortige aard van die verlowingsooreenkoms as uitgangspunt, en dat die verbreking daarvan tot eiesoortige regsmiddels aanleiding moet gee. In sodanige geval kan toekomstige verliese ook in aanmerking geneem word, maar die probleem volgens welke beginsels dit bereken moet word, sal steeds bestaan. Indien redelikheid as kriterium gebruik word, is die beginsel duidelik maar sal die toepassing daarvan, in die lig van regsekerheid, probleme skep.

Miskien moet die bul maar by die horings gepak word en negatiewe interesse aanvaar word soos ook in die kontinentale stelsels die geval is.□

Hedendaagse Calvinistiese en Roomskatolieke Natuurregsteorieë

J D van der Vyver

Potchefstroomse Universiteit vir CHO

(*Vervolg*)*

ROOMS-KATOLISISME EN CALVINISME

Die Rooms-Katolieke wysbegeerte word ook soms met die benaming "skolastiek", "Thomisme" of "neo-Thomisme" aangedui. "Skolastiek" dui op die verbondenheid van die Rooms-Katolieke wysbegeerte met die middeleeuse filosofie. Die wysbegeerte van die middeleeue word die skolastiek genoem om aan te dui dat daardie wysbegeerte met didaktiese oogmerke beoefen is. Wysbegeerte het in die middeleeue vir die eerste keer op skoolse onderrig gekonsentreer: vandaar "skolastiek" of "skolastiese denke". "Thomisme" en "neo-Thomisme" dui op die verbondenheid van die Rooms-Katolieke wysbegeerte aan die stelsel van Thomas van Aquino (1224/5–1274). Sy wysbegeerte kan beskryf word as 'n sintese tussen die Grieks-heidense denke van veral Aristotelés aan die een kant en bepaalde grondgedagtes van die Christendom aan die ander kant.

Sonder om in te veel besonderhede te wil verval, kan die hooftrekke van die Rooms-Katolieke wysbegeerte in drie hoofpunte saamgevat word, te wete die beginsel van *analogia entis* en *partisipasie*, die leer van natuur en genade en die prinsiep van ekklesiosentrisme.

1 **Analogia entis en partisipasie**: Die begrip *analogia entis* is 'n uitvloeisel van pogings van die Thomisme om één algemene grondnoemer van heel die werklikheid te vind – 'n begrip wat èn God èn Sy skepping insluit. Die mees algemene begrip waarop Thomas besluit het, is die *Syn*. Die Syn omvat alles wat is, dus sowel God as kosmos.

Op grond van hierdie gemeenskaplike grondslag in die Syn gaan die Thomisme uit van die ooreenkomste tussen al die synde dinge. Maar die ooreenkomste tussen God en die skepping is 'n analoë ooreenkoms. 'n Analogie (teenoor 'n identiteitsverhouding) veronderstel ooreenkomste én verskille. Aldus dui die *analogia entis* (die analogie van synde dinge) daarop dat God en wêreld 'n gemeenskaplike grondslag in die Syn vind, maar tog só dat God en wêreld van mekaar verskil.

Die analogie tussen God en mens kom tot uitdrukking in die Roomse partisipasieleer: die mens partisipeer aan (het deel aan) die Syn van God.

---

*Sien 1974 *THRHR* 380

Die analoë verhouding (ooreenkoms en verskille) tussen God en mens konstrueer Thomas soos volg: die mens partisipeer aan (het deel aan) die Syn, God *is* die *Syn*. Hierdie analogie word deurgetrek ook ten opsigte van die sogenaamde *transendentalia* (eenheid, waarheid en goedheid): die mens *het* eenheid, God *is* die eenheid; die mens *het* waarheid, God *is* die waarheid; die mens *het* goedheid, God *is* goedheid.

Kortom, op grond van die *analogia entis* partisipeer die mens aan die Syn van God en dra hy iets goddeliks (die *transendentalia*) in hom om.

Teenoor hierdie leer bely die Calvinisme die radikale verskil tussen God en kosmos: God en Sy skepping kan nie tot één groter eenheid herlei word nie. Die skepping is kreatuurlik, onselfgenoegsaam, weens die sonde onvolkome, en so meer en kan daarom na geeneen van sy aspekte vergoddelik word nie. Stoker[40] noem die Thomistiese analogiebegrip 'n "onegte analogie" omdat dit van die "ooreenstemming" (die homogene of gelyksoortige) uitgaan en vandaar na die heterogene of ongelyksoortige op soek gaan. 'n "Egte analogie", sê hy, begin met die heterogene of ongelyksoortige en soek te midde van die verskille na ooreenkomste. Verder wys hy daarop dat die Roomse synsbegrip nominalisties is; dit wil sê dis bloot 'n naam of 'n konsep wat nie met "iets" in die werklikheid (met 'n werklik bestaande "iets") korrespondeer nie.[41]

2 **Natuur en genade**: Die vroeë Christendom het op wysgerige gebied met 'n besondere probleem te kampe gehad. Die "geleerdheid" van daardie tyd was beliggaam in die pagane Griekse wysbegeerte en die Christendom het Skriftuurlike waarhede aan die mens opgedring wat die Griekse wysbegeerte in menige opsigte weerspreek het. Vandaar die probleem aangaande die aangewese verhouding tussen godsdiens en wetenskap, teologie en wysbegeerte, geloof en wete. Hierdie vraagstuk wat tevore reeds in Joodse en Mohammedaanse milieu bestaan het, het vir die vroeg-Christelike en middeleeuse wysbegeerte 'n kernprobleem geword. Sommige geleerdes van daardie tyd het die probleem probeer oplos deur aan redelike (deur die verstand verkreë) kennis voorrang te gee bo geloofskennis. Aldus het byvoorbeeld Averroës, die Arabier (1126–1198), geleer dat geloof niks meer is nie as net die aanvaarding van daardie Skrifgegewens (in die Koran) wat reeds op wetenskaplike wyse deur die wysbegeerte bewys is. Op dieselfde wyse verhef Petrus Abaelardus (1079–1142) die rede tot die norm vir alle waarheid in die sin dat die Bybel slegs geglo moet word vir sover dit redelik (verstandelik bewysbaar) is. Ander wysgere het weer aan die geloof voorrang gegee bo die rede. Anselmus van Canterbury (1033–1109) se bekende adagium *credo ut intelligam* en Petrus Damiani (1007–1072) se stelreël *philosophia ancilla theologiae* kom hierby te pas.

Thomas van Aquino het hierdie probleem vir die Rooms-Katolieke wêreld opgelos met 'n "apartheid van die wetenskappe". Hy verdeel die werklikheid dualisties in 'n terrein van natuur en 'n terrein van genade. Die terrein van die natuur huisves die wetenskaplik bewysbare werklikheid.

---

[40]"Die betekenis van 'Die Mens as Beeld van God' vir die wysgerige antropologie" *Homo Viator* feesbundel vir CK Oberholzer (Kaapstad 1965) 20 23.
[41]a w 24.

Op daardie terrein heers die rede outonoom: 'n mens verkry kennis van die natuur deur middel van die rede (verstand) sonder dat jou geloof enigsins daarby 'n rol speel. Die geloof hou hom uitsluitlik besig met die misterie van die besondere Godsopenbaring; dit wil sê daardie Skrifgegewens wat nie wetenskaplik bewysbaar is nie maar, omdat dit nogtans waarheid is, geglo moet word. Die openbaring van daardie misterie wat die menslike verstand nie kan deurvors nie, is 'n genadegawe van God. Die geloof in daardie openbaring is egter volgens Thomas nie suiwer genade nie omdat die menslike wil 'n beslissende rol speel by die aanvaarding of verwerping daarvan. Skrifgegewens wat ook wel wetenskaplik bewysbaar is, noem Thomas *praeambula fidei*: dit waarborg as't ware die waarheid van die onbewysbare Skrifgegewens en rugsteun aldus die geloof.

Die tema van natuur en genade staan sentraal in die Rooms-Katolieke ontologie en deurkruis die hele werklikheid. Aldus sluit Thomas *die bestaan* van God by die natuur in terwyl *die wese* van God tot die terrein van genade hoort; die sonde het die terrein van die genade getref maar het die terrein van die natuur ongeskonde gelaat,[42] en so meer.

Die Calvinisme het dit in hoofsaak teen die dualisme van hierdie leer; dit wil sê die tweedeling van die werklikheid in kompartemente van natuur en genade. Die Thomisme probeer ook wel 'n brug slaan tussen die bedoelde terreine, naamlik met uitsprake soos *natura praeambula gratia/fidei*, of *gratia elevat natura* maar dit ondervang nie die dualisme nie. Die Calvinisme leer daarenteen dat die *hele* aardsgeskape werklikheid natuur is, in sonde geval het en aan die genade van God deel het.

3 **Ekklesiosentrisme**: Hiermee word bedoel "die kerk in die middelpunt". Dit blyk onder meer uit die Rooms-Katolieke se aandrang, waar prakties moontlik, op 'n staatskerk en 'n kerkstaat (die Vatikaan), op Rooms-Katolieke skole, vakverenigings, politieke partye, kommunikasiemedia (waaronder ook die radio- en beeldradiowese).

Die Thomisme handhaaf ten opsigte van die onderlinge verhouding van verskillende samelewingskringe, soos kerk, staat, skool, bedryf, gesin, en so meer, die sogenaamde *subsidiariteitsbeginsel*. Op die gebied van die natuur is die staat die hoogste verband. Dit omsluit die skool, bedryf, gesin, en so meer maar op so 'n wyse dat die skool, bedryf, gesin, en so meer elk 'n outonomie deelagtig bly. Outonomie is in dié sin 'n vergunning van die groter verband aan die kleiner verband van seggenskap in sy eie huishoudelike sake.[43] Die gesin kan outonoom oor gesinsake beslis mits die staat so 'n kompetensie aan die gesin veroorloof en mits die gesin nie daardeur die belange van die groter kring, byvoorbeeld die staat, aantas nie.

Op die terrein van die genade is die kerk die mees omvattende en "hoogste" kring. Die kerk speel in daardie sin (onder meer) 'n besondere rol as dit op die verlossing van die mens tot die ewige lewe aankom. Die

---

[42]Christen en heiden kan daarom op die terrein van die natuur tot dieselfde insigte kom maar vir die heiden het die terrein van genade verlore gegaan.

[43]Sien JD van der Vyver *Die juridiese funksie van Staat en Kerk, 'n kritiese analise van die beginsel van soewereiniteit in eie kring* (Durban 1972) 5 45 en 184 vn 5.

Thomisme handhaaf in dié verband 'n *semi-pelagianisme*. Volgens die pelagianisme verdien die mens sy eie heil uit eie krag. Die Thomistiese semi-pelagianisme kom kortliks op die volgende neer: Weens die sonde het die genade vir die mens verlore gegaan. Die kerk is geroepe om met bediening van die sakramente die mens te versterk sodat hy in staat kan wees om vir God te kies. In laaste instansie kies die mens self (outonoom) vir God of teen God, maar hy kan alleen vir God kies as die genade, vir sover dit hom aangaan, deur bemiddeling van die kerk herstel is. As hy nie *via* die (Rooms-Katolieke) kerk deel kry aan die genade nie gaan hy noodwendig verlore. Word hy wel deur die kerk versterk, kan hy vir, maar nog steeds ook teen God kies.

Teenoor die subsidiariteitsleer verkondig die Calvinisme die beginsel van soewereiniteit in eie kring wat wil sê dat radikaaltipies (wesenlik) verskillende samelewingskringe, soos kerk, staat, skool, bedryf, gesin, en so meer elk 'n eie interne gesag uitoefen, welke gesag nie 'n vergunning van die een samelewingskring aan 'n ander is nie maar aan elke kring uit sy eie hoofde toekom.[44] En wat die semi-pelagianisme betref, antwoord die Calvinisme met die uitverkiesingsleer, naamlik dat niemand in staat is om sy saligheid te verdien nie, maar dat jou verlossing uitsluitlik genade is en vooruit bestem word.

Teen hierdie agtergrond het Thomas van Aquino sy natuurregsleer ontwerp. Die natuurlike werklikheid word volgens hom beheers deur die *lex aeterna*, wat hy gelyk stel aan die *ratio* van God. Daardie deel van die *lex aeterna* wat spesifiek op die redelike natuur van die mens van toepassing is, noem hy die *lex naturalis*. Die *lex naturalis* neem die vorm aan van 'n sedewet en is gegrond op die redelike natuur van die mens. Die mens ken daardie deel van die *lex aeterna* wat op hom van toepassing is deurdat sy siel 'n afskaduing van die goddelike *ratio* is (vgl die idee van *analogia entis*) en die *lex naturalis* daarom uit sy eie natuur afgelei kan word. Uit die natuurreg kan sekondêre beginsels afgelei word wat minder algemeen geld en waaronder die *ius gentium* tuis hoort. Deur tersiêre beginsels, wat nog minder algemeen geld, en daaruit nog verdere (meer besondere) prinsipes af te lei, kom 'n mens uiteindelik by die positiewe reg uit wat tyds- en plekgebonde is. Die *ius naturale* het geregtigheidsnorme tot inhoud welke geregtigheidsnorme Thomas rondom die *suum cuique*-beginsel konstrueer. Hy onderskei 'n algemene en besondere geregtigheid op die voetspoor van Aristotelés se siening in dié verband met net dié verskil dat daar by Thomas nie van vergeldende geregtigheid sprake is nie.

Die term "Calvinisme" dui op 'n wysgerige stroming wat vaagweg aan die leerstellinge van Calvyn verbonde is. Teen hierdie benaming vir die bedoelde stroming bestaan daar allerlei besware. Daar is byvoorbeeld persone wat hulleself vereenselwig met die gereformeerde godsdiens waarvan Calvyn die vader is maar wat tog nie met die bedoelde wysgerige stroming vrede kan vind nie. Aan die ander kant verleen die naam "Calvinisme" aan Calvyn te veel krediet omdat hy self per slot van sake in die middeleeue geleef het en 'n groot deel van die hedendaagse "Calvinisme" nie in sy stelsel terug-

---

[44]idem 4–5 127 en 183–4.

gevind kan word nie. Daarby bestaan nog die wesenlike gevaar dat potensiële volgelinge van die bedoelde wysgerige stroming afgeskrik kan word deur die naam van Calvyn, byvoorbeeld as so iemand nie 'n protestant is nie of nie aan die protestantse rigting van Calvyn (op godsdiensgebied) behoort nie. Ander name is, weens hierdie en dergelike besware, al vir die wysgerige stroming waarom dit gaan, aan die hand gedoen. So byvoorbeeld die naam "Christelike wysbegeerte", welke benaming aanmatigend is vir sover dit naamlik te kenne gee dat die bedoelde stroming dié Christelike wysbegeerte is en ook te veel insluit omdat ook die Rooms-Katolieke wysbegeerte (wat juis deur die naam uitgesluit moet word) in 'n sin 'n Christelike stroming is. Soms word daar van die "Skrifmatige wysbegeerte" gepraat om aan te dui dat die bedoelde stroming sy grondslag en uitgangspunt in die Bybel vind. Dit skep weer die indruk dat die Bybel as wetenskaplike handboek vir die bedoelde stroming diens doen wat alle "Calviniste" glo nie die geval moet wees nie. By gebrek aan 'n beter alternatief en omdat die term "Calvinisme" tog ook al inslag gevind het as benaming vir die bedoelde stroming word met dié term volstaan.

Die Calvinisme in die genoemde sin huisves verskillende strominge. As 'n mens by partikuliere meningsverskille verbykyk na die grondliggende uitgangspunte van sy eksponente, kan daar minstens drie fundamenteelverskillende strominge onderskei word wat onder die vlag van die Calvinisme vaar, te wete die *Wysbegeerte van die Openbaringsidee* van Bavinck, die *Wysbegeerte van die Skeppingsidee* van Stoker en die *Wysbegeerte van die Wetsidee* van Dooyeweerd. Dit is nie nou die tyd en plek om die verskille tussen en besonderhede van hierdie strominge uit te pluis nie.

Daar moet egter op gewys word dat die eksponente van die Calvinisme, te midde van hulle onderlinge verskille van mening en uitgangspunt tog sekere belydenisse in gemeen het hoewel daar by die verbesondering van daardie belydenisse ook weer meningsverskil bestaan. Van daardie gemeenskaplike grondtrekke kan die volgende aangestip word: die beginsel van *teosentrisiteit*: uit God, deur God en tot God is alle dinge; die beginsel van *antroposentrisiteit*: die mens beklee 'n besondere posisie in die kosmos, volgens Dooyeweerd as konsentrasiepunt en volgens Stoker as kroonpunt van die skepping; die beginsel van *abnormaliteit*: die kosmos, soos ons dit ervaar, het in sonde geval en is deur die sonde bederf; die beginsel van *skrifmatigheid*: die Bybel het vir al ons doen en late, óók vir wetenskap en wysbegeerte, betekenis, maar mag nie as 'n wetenskaplike handboek gebruik word nie; die beginsel van *religie*: alles wat die mens doen, ook sy wetenskaplike arbeid, doen hy, bewus of onbewus, tot eer of tot oneer van God en alle wetenskap berus op 'n uitgangspunt wat in sy diepste sin die bedoelde religieuse gerigtheid van die hart weerspieël; die beginsel van *wetsgebondenheid*: die hele kosmos staan onder die wetsorde van God; die beginsel van *eenheid en verskeidenheid*: die skepsele, wat Dooyeweerd "dinge" en Stoker "idiostansies" noem, asook die modale aspekte van die dinge/idiostansies en gebeurtenisse hang saam as skepsele of instellinge van God, maar verskil ook fundamenteel van mekaar en onderling, ensovoorts.

Op min of meer hierdie grondslae het Calvyn (1509–1564), soos reeds gemeld, allerlei natuurregsnorme uit die Mosaïese wetgewing, waaronder

ook die dekaloog, afgelei. Dit is opvallend dat Calvyn ook die gebooie van die eerste tafel (buiten die vierde gebod)[45] as grondslae van natuurregsnorme diens laat doen. Daardie tafel het naamlik met God-mensverhoudinge te doen (teenoor die gebooie van die tweede tafel wat op mens-tot-mensverhoudinge betrekking het). Juis daarom kon die Calvinisme nie by Calvyn se natuurregsleer bly vassteek nie.

Op grondslag van die eerste gebod het Calvyn naamlik die staat met die natuurregtelike verpligting belas om die skending van die ware godsdiens te verbied en om die openbare verkondiging van valse leerstellinge en verset teen kerklike gesag met die doodstraf te vergeld. Abraham Kuyper (1837–1920) het ingesien dat so 'n beskouing ten grondslag lê aan die veelbewoë geskiedenis van christenvervolging en ketterjagtery. Terwyl volgelinge van Calvyn vóór Kuyper lippediens aan sodanige staatsinmenging op godsdiensgebied bewys het, toon die praktyk in Calvinistiese lande dat godsdiens- en gewetensvryheid dáár tot 'n groter mate as in ander lande geduld word. Hierdie praktyk, sê Kuyper, eerder as die teoretiese oproep vir staatsinmenging op godsdiensgebied, weerspieël in der waarheid die ware Calvinisme.[46] Rondom hierdie probleem het Kuyper die beginsel van soewereiniteit in eie kring ontwerp om vir (onder meer) kerk en staat elk 'n eie terrein van gesag en werksaamheid náás mekaar af te baken. Hierdie beginsel vorm een van die essensiële grondslae van die hedendaagse Calvinisme.

MODERNE NATUURREGSTEORIEË

Hommes onderskei twee besondere kenmerke van die na-oorlogse natuurregsteorieë.[47] In die eerste plek word die "nuwe" natuurreg bepaal of medebepaal deur die sogenaamde "natuur van die saak", waarmee gesê wil wees

> "dat een als natuurrecht aangeduid algemeen recht, los gevat van de bijzondere levensverhoudingen, niet bestaat, maar dat het recht aan de bijzondere karaktertrekken van de dingen, waarop het betrokken is, en van de sociale werkelijkheid, waarin het fungeert, zijn typisch en gedifferentieerd karakter ontleent."[48]

Die tweede kenmerk van die na-oorlogse natuurregsleer is geleë in die sentrale plek wat aan die leerstuk van natuurlike menseregte toegeken word as "een reactie op de rechtspraktijk van het nazistisch regiem, dat de in de moderne cultuurstaten aanvaarde grondrechten ten aanzien van de Joden willekeurig aantastte."[49] By die seleksie van moderne Rooms-Katolieke en Calvinistiese filosowe wat 'n natuurregsleer aanhang, is in besonder gelet op hierdie grondslae.

---

[45]Dat Calvyn juis die kwessie van Sondagheiliging buite die kompetensiesfeer van die staat laat val het, moet, in die lig van periodieke oproepe van die kant van sommige kerke dat die staat moet ingryp om Sondagheiliging af te dwing, nie ongemerk verbygaan nie.

[46]Sien veral Kuyper se *Het Calvinisme, zes Stone-lezingen in October 1898 te Princeton (NJ) gehouden* 2e druk Kampen 87–90.

[47]*Natuurrecht* 89–93.

[48]a w 90.

[49]a w 93.

Rooms-Katolieke natuurregsteorieë: Die Rooms-Katolieke natuurregsleer van vandag is nie soseer 'n uitloper van die twee wêreldoorloë van hierdie eeu nie. Dit moet eerder só gesien word dat die natuurregsidee 'n *sine qua non* van die Thomisme is. Dit wil egter nie sê dat die gruweldade van die twintigste eeu nie ook sy stempel op die hedendaagse Thomisme afgedruk het nie. Die natuurregsteorieë van Rooms-Katolieke skrywers sit ook vasgevang in die gees van ons tyd en weerspieël trouens 'n kostelike sintese tussen die middeleeuse gedagtegoed van Thomas van Aquino en die twintigste-eeuse "wêreldgees".

'n Mens kan 'n lang lys van moderne Rooms-Katolieke outeurs opstel wat, met of sonder afwykings van die tradisionele Thomistiese grondslae, 'n natuurreg huldig: Heinrich Rommen, wat die natuurreg reserveer vir die beginsel dat 'n mens die regverdige moet doen en onreg moet nalaat en dat jy aan elkeen moet gee wat syne is, uit welke beginsels volgens hom verdere norme afgelei kan word wat direk evident en onveranderlik is en saamgevat is in die tweede tafel van die dekaloog;[50] Gallus M Manser, wat die inhoud van die natuurreg, "von dem alles Recht abhängt", soos volg saamvat: "Positiv schreibt er vor, was an sich 'ex natura rei' recht, also gut ist und negativ verbietet es, was an sich schlecht ist";[51] Jean Brethe de la Gressaye en Marcel Laborde-Lacoste, wat die natuurreg beskryf as "la loi de justice, déterminant ce qui revient à chacun, suivant l'ordre social découlant de la nature humaine, et qui en exige par la contrainte la stricte execution";[52] Georg Stadtmüller, wat die natuurreg definieer as "die Gesamtheit der natürlichen Sittengesetze, welche sich auf das gesellschaftliche Leben der Menschen beziehen und ihnen vorschreiben, allen anderen das Ihrige zu geben";[53] Günther Küchenhoff, wat die natuurreg sien as "das Recht, das der Natur des Menschen bei ihrem Streben nach dem guten Menschen entspricht";[54] Adolf Süsterhenn, wat die natuurreg gelykstel aan "derjenige Teil des natürlichen Sittengesetzes, der das äussere Zusammenleben der Menschen auf der Grundlage der Gerechtigkeit regelt";[55] L Bender, wat die natuurreg beskou as 'n reg wat deur God in die menslike natuur ingeprent is en wat *per se* geld;[56] Heinrich Kipp, wat die natuurreg rondom die beginsel *suum cuique tribuere,* "ein nicht weiter beweisbares Urprinzip, das aus der sozialen Natur des Menschen, direkt einsichtig und erkennbar ist", konstrueer;[57] Johannes Messner, wat die *lex naturalis* definieer as "die Gesamtheit der sittlichen Prinzipien, die unmittelbar einsichtig oder aus solchen Prinzipien durch Schlussfolgerung auf Grund der unmittelbaren Erfahrung abgeleitet sind";[58] ME Schmitt, wat die natuurreg omskryf as

---

[50] *Die ewige Widerkehr des Naturrechts* 2e Aufl (München 1947) 225–6.

[51] *Das Naturrecht im Thomistischer Bedeutung* (Freiburg 1944) 98.

[52] *Introduction générale à l'étude du droit* (Paris 1947) 46.

[53] *Das Naturrecht im Lichte der geschichtlichen Erfahrung* (Recklinghauser 1948) 44.

[54] *Naturrecht und Christentum* (Düsseldorf 1948) 46. Die gewete moet volgens hom bepaal wat die goeie mens is, "im Wissen von dem, was Gott hineingelegt hat." (ibid).

[55] *Wir Christen und die Erneuerung des staatlichen Lebens* (Bamberg 1948) 22.

[56] *Het recht* (Bussum 1948) 187.

[57] *Naturrecht und moderner Staat* (Nürnberg 1950) 77.

[58] *Das Naturrecht, Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik* 2e Aufl (Innsbruck/Wien 1950) 73.

"ein konkreter aus dem situationsgebundenen Sachverhalt rational analysierbarer Inhalt, der auf Grund dieser sachlichen Gegebenheit und durch Unterordnung unter die in der *natura humana* vorgegebenen und unveränderlichen Normen eine gültige Friedensordnung ist";[59] Albert Auer, wat die natuurreg, in lyn met die eksistensialistiese lewenshouding, eweneens van die kontingente situasie laat uitgaan;[60] en Alfred Verdross wat op die grondslag van die natuurregsleer 'n menseregteteorie verkondig.[61]

Vir uitvoeriger behandeling van moderne Rooms-Katolieke natuurregsteorieë word die stelsels van Gény en Maritain uitgesonder. Gény het aan die Thomistiese natuurregsleer trou gebly gedurende die tydperk vóór die tweede wêreldoorlog toe die natuurregsfilosofie onder die aanslae van die positivisme gekantel het en beslis nie 'n mode-filosofie was nie. Maritain is waarskynlik vandag die voorste staatkundige filosoof in Rooms-Katolieke geledere en 'n verbete kampvegter vir die idee van menseregte.

1 **Dus eerstens een en ander oor Francois Geny** (1861–1959)

Met sy sogenaamde "philosophie du sens commun progressif",[62] wat hy voorhou as 'n verbinding van die klassieke metafisiese filosofie wat deur Sokratés, Plato en Aristotelés ingelui is en volgens hom aan die menslike bewussyn ten grondslag lê[63] enersyds en die "philosophie nouvelle" van Emil Boutroux en Henri Bergson[64] andersyds,[65] konstrueer Gény 'n regsbegrip met geregtigheid as die kern daarvan.[66] Die geregtigheidsbeginsels word volgens hom gevind deur middel van 'n wetenskaplike analise van bepaalde gegewens ("données"), die geskiedenis en die menslike bewussyn. Gény onderskei meer bepaal vier kategorieë van gegewens vir wetenskaplike analise, te wete die reële of natuurlike gegewens ("donnés réels" of "donnés naturels"), historiese gegewens ("donnés historiques"), gegewens van die menslike rede ("donnés rationnels") en ideale gegewens ("donnés idéals").[67] Die beginsels wat uit *le donné réel, le donné historique* en *le donné rationnel* afgelei word, het ten opsigte van die reg 'n (noodsaaklike) funderende funksie; dit wil sê die reg kan nie sonder daardie beginsels klaarkom nie. Die beginsels wat uit *le donné idéal* afgelei word, vervul die funksie van regsidee; dit wil sê daardie beginsels dien as ideële maatstaf wat deur die reg nagestreef moet word en in die reg opgeneem behóórt te word.[68] Die be

---

[59] *Recht und Vernunft* (Heidelberg 1955) 38.

[60] *Der Mensch hat Recht: Naturrecht auf dem Hintergrunde des Heute* (Graz/Wien/Köln 1956) 172.

[61] *Abendländische Rechtsphilosophie* (Wien 1958) 239.

[62] Vgl sy *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique* (Paris 1914–24) 1 73 en 2 355.

[63] a w 2 355.

[64] a w 1 26.

[65] Paton *Jurisprudence* 94 sê: "As a philosophic basis Gény chooses so many elements from different streams of thought that it is difficult to weld his heterogeneous material into a consistent whole."

[66] Vgl sy *Science et Technique* 1 49–50.

[67] a w 2 380–1 en 390.

[68] Dat dit so is, lei Hommes *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap* (Deventer 1972) 362 af van Gény se stelling dat die wetgewer rekening moet hou met die "desiderata" van die menslike aspirasies en ideale (Vgl *Science et Technique* 2 385) en die

ginsels van *le donné naturel* reken Gény tot die *ius naturale . . . quod natura omnia animalia docuit* in die sin waarin Ulpianus dit bedoel;[69] die beginsels van *le donné historique* kom neer op die *ius gentium*, eweneens soos Ulpianus dit van die *ius naturale* onderskei;[70] en die beginsels van *le donné rationnel* gee uitdrukking aan die primêre natuurregsnorme (*suum cuique tribuere, neminem laedere*)[71] en die sekondêre natuurregsnorme wat daaruit afgelei is (waaronder die grondregte en fundamentele vryhede van die mens).[72] Die universele natuurregsnorme, waarop die positiewe reg gefundeer behoort te wees, word aldus gevind deur middel van 'n analise van die natuurlike en redelike gegewens. Die ideale gegewens ("donnés idéals") sentreer, as regsidee, eweneens om die geregtigheid wat Gény in lyn met die tradisionele natuurregsleer opvat as "juste objectif pris en soi."[73]

Gény onderskei in Aristotelies-Thomistiese sin tussen die kommutatiewe en distributiewe geregtigheid[74] en voeg dan nog 'n sosiale geregtigheid as derde verskyningsvorm van die besondere geregtigheid daarby. Die objektiewe geregtigheid kom tot uitdrukking in die adagium: *suum cuique tribuere, neminem laedere*.[75] Ooreenkomstig die Thomistiese resep word primêre, sekondêre en verdere regsbeginsels, waaronder die natuurreg en menseregte, uit hierdie geregtigheidsnorme afgelei. Die natuurreg bestaan uit dikwels vae riglyne vir die positiewe reg: "Les formules, qu'on en pourra firer, n'arriveront pas à saisir pleinement les faits, parfois même, n'offriront guére plus que des cadres vides."[76] Om as geldende reg te kan fungeer, moet die natuurreg deur tegniese (menslike) vormgewing ("technique") gepositiveer word.[77] Daardeur word die bedoelde beginsels diensbaar ("practicable") gestel aan die sosiale werklikheid.[78] Volgens Hommes[79] distansieer Gény hom daarmee van die tradisionele natuurregsgedagte van 'n *per se* geldende natuurreg.

Kortom, Gény lei uit natuurlike, historiese en redelike gegewens beginsels af wat in elke regstelsel beliggaam moet word; en verder lei hy uit ideale gegewens beginsels af wat in elke regstelsel beliggaam behoort te

---

volgende uitlating van Gény (a w 2 388): "on peut considérer qui'il (sc. donné idéal) procure un affinement des conclusions de la raison et qu'il tend à accroître la nature intelligible des choses, en rapprochant la vie sociale de la justice suprême, que postulent les aspirations les plus élévées et sans cesse mouvantes de l'homme."

[69] *D* 1 1 1 3; *Inst* 1 1 2 *pr*.

[70] *D* 1 1 1 4.

[71] Gény a w 2 392.

[72] a w 2 394.

[73] ibid

[74] Vgl daaroor Van der Vyver "Aristotelés" 236 e v.

[75] Gény a w 2 391–2.

[76] a w 2 421.

[77] a w 1 95.

[78] Gény a w 3 23 omskryf die regstegniek soos volg: "elle représente, dans l'ensemble du droit positif, la forme opposée à la matière, et . . . cette forme reste essentiellement une construction, largement artificielle, du donné, ouvre d'action plus que d'intelligence, où la volonté du juriste se puisse mouvoir librement, dirigée seulement par le but prédéterminé de l'organisation juridique sui suggère les moyens de sa propre réalisation."

[79] *Natuurrecht* 67; *Elementaire grondbegrippen* 362.

word. Die *ius naturale* berus op natuurlike gegewens en die *ius gentium* op historiese gegewens. Met redelike gegewens kan hieruit meer besondere natuurregsnorme afgelei word en met ideale gegewens kan 'n *Sollensprinzip* vir die positiewe reg ontwerp word. Die natuurreg moet egter, om as reg te kan geld, deur menslike toedoen gepositiveer word.

(*word vervolg*)

BUTTERWORTH-PRYS

Dit doen die redaksie genoeë om aan te kondig dat die Butterworth-prys vir die beste eerstelingbydrae van 1974 toegeken is aan:

DH VAN WYK

Die Butterworth-prys - regsboeke ter waarde van R60 - word deur die uitgewers beskikbaar gestel aan die outeur wat in die bepaalde kalenderjaar die beste artikel vir publikasie in die Tydskrif *aan die redakteur stuur.*

Die artikel moet die eersteling wees wat die skrywer vir publikasie in 'n regswetenskaplike tydskrif aanbied. Dit moet by voorkeur oor 'n onderwerp van Suid-Afrikaanse reg handel. Die manuskrip moet getik en in alle opsigte persklaar wees. Die redaksiekomitee behartig die beoordeling aan die einde van elke kalenderjaar. Die redaksiekomitee behou hom die vryheid voor om die prys nie toe te ken nie indien die artikels wat ontvang is, na sy mening toekenning nie regverdig nie. Verskeie bydraes van 'n besondere outeur kan gesamentlik in aanmerking geneem word.

Vonnisse

BURNETT v TRANS WORLD AIRLINES INC 368 F Supp 1152 [US DISTRICT COURT, D NEW MEXICO DEC 13 1973]

Warsaw Convention – a 17 – Interpretation of "bodily injury" – Aircraft hijacked

In this case plaintiffs brought an action for damages for bodily injuries and *mental anguish* arising from their experience as passengers on an aircraft (owned and operated by defendant) which was hijacked to Jordan in September 1970.

Plaintiffs and defendant agreed that the Warsaw Convention (Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Transportation by Air of 1929) and the Montreal Agreement of 1966 were applicable and that defendant would be liable up to $75 000 for the "wounding or any other bodily injury" to a passenger arising from an "accident". (The Warsaw Convention is incorporated into South African law by the Carriage by Air Act 17 of 1946.)

The question to be answered was whether "mental anguish" constituted "bodily injury" within the meaning of article 17 of the convention which reads —

> The carrier is liable for bodily injury sustained within the event of the death or wounding of a passenger or any other bodily injury suffered by a passenger, if the accident which caused the damage so sustained took place on board the aircraft or in the course of any of the operations of embarking or disembarking.

As the official French text of the convention was the controlling one for the court, the court observed that French law distinguished between *lésion corporelle* (bodily injury) and *lésion mentàle* (mental injury) and it could be concluded that the former condition excluded the latter. Similarly the term "*blessure*" (wound) which was used in article 17 could not be interpreted so as to comprehend mental anguish.

The court furthermore rejected the argument that hijacking itself and the subsequent diversion of the aircraft constituted a *bodily injury* in the sense that this abduction deprived them of their right to be free of interference with their persons. What the court did sustain however was the contention that recovery could be had for mental anguish arising from physical injuries resulting from the hijacking. The court rejected the defendant's submission that "bodily injury" could only result from physical contact between the victim and another object, stating that such a sterile interpretation would surely do violence to the intent of the Warsaw framers.

G N BARRIE
Senior Law Adviser
Department of Foreign Affairs

ALLTRANSPORT INC v SEABORD WORLD AIRLINES 347 NYS 2d 277

(Civil Court, City of New York, New York County, 1 Nov 1973)

Warsaw Convention – Interpretation of s 29(1) – *Time limit to claims*

Section 29(1) of the Warsaw Convention (incorporated in South African law by the Carriage by Air Act 17 of 1946) reads:

> The right to damages shall be extinguished if an action is not brought within two years, reckoned from the date of arrival at the destination, or from the date on which the aircraft ought to have arrived, or from the date on which the carriage stopped.

In this case plaintiffs brought an action for damages to machinery which they had shipped from London to New York on defendant's aircraft. Defendants claimed that according to s 29(1) of the Warsaw Convention the two year time limit for submission of claims for damage to cargo had expired before plaintiffs filed their action.

It was shown that the machinery had arrived at New York on 14 October 1970 and had been delivered to the plaintiffs on 16 November 1970. The action was filed on 2 November 1972.

Defendant argued that the statute of limitations began to run the day the machinery arrived at New York.

The court however pointed out that s 29(1) had to be interpreted in the light of s 18, which provided for carrier liability for damages sustained during "transportation by air" which was defined as comprising the period during which the baggage or goods "*are in charge of the carrier*" whether in an airport or on board an aircraft.

It followed thus that s 29(1) did not begin to run until the machinery had *actually been delivered* to the consignee, ie 16 November 1970. Consequently the action had been filed within the time limit.

G N BARRIE
Senior Law Adviser
Department of Foreign Affairs

FISHERIES JURISDICTION CASE [UNITED KINGDOM v ICELAND] Merits, Judgment, 1974 ICJ Rep 3

Unilateral extension of fishing zone – Exclusion of United Kingdom fishing vessels in Icelandic waters – Established rights of other states

On 25 July 1974 the international court of justice ruled that Britain is not bound by Iceland's unilateral decision to extend its fishing limits from 12 to 50 nautical miles, and that Iceland has no right to prevent British trawlers from fishing or unilaterally to impose restrictions on British trawlers operating in the Icelandic 12–50 miles coastal zone. A similar ruling was given in the case brought by the Federal Republic of Germany.

Iceland, which throughout has refused to recognise the court's jurisdiction in the case, rejected the verdict following its announcement.

By ten votes to four the court —

1 Found that the Icelandic regulations of 1972 constituting a unilateral extension of the exclusive fishing rights of Iceland to 50 nautical miles from the baselines are not opposable to the United Kingdom.

2 Found that Iceland is not entitled unilaterally to exclude *United Kingdom* fishing vessels from areas between the 12 mile and 50 mile limits, or unilaterally to impose restrictions on their activities in such areas.

3 Held that Iceland and the United Kingdom are under mutual obligations to undertake negotiations in good faith for an equitable solution of their differences.

4 Indicated certain factors which are to be taken into account in these negotiations such as the preferential rights of Iceland, established rights of the United Kingdom, interests of other states, conservation of fishery resources etc.

Britain made her submissions to the international court on 14 April 1972 on the basis of the 1961 exchange of notes between Britain and Iceland wherein it was agreed that in the event of any dispute (*over the 1961 agreement*) the matter could, at the request of either party, be referred to the international court. At Britain's request the court indicated interim measures of protection by an order dated 17 August 1972. This order was renewed on 12 July 1973. In a judgment dated 2 February 1973 the court found that it had jurisdiction in the issue.

In determining the case, the court reviewed the applicable principles as to preferential fishing rights contained in the Convention on the High Seas, article 2, and in the proposals submitted by Iceland to the 1958 Geneva Conference for a clause which would recognize the particular interest of coastal states in conservation of fish stocks in areas adjacent to their territorial seas, recommending collaboration among the parties in interest in arriving at

> "just treatment . . . by establishing agreed measures which shall recognise any preferential requirements of the coastal state resulting from its dependence upon fisheries *while having regard to the interest of other states*".

Therefore, the majority concluded, Iceland's preferential interest in its coastal fisheries was not enforceable against the United Kingdom in that it had been asserted *without regard for the interests of other states in general and the United Kingdom in particular.*

It must be made very clear here that the court based its findings on bilateral law, namely the exchange of notes of 1961 between Great Britain and Iceland. *The court declares the Icelandic extension of its fisheries jurisdiction non-opposable to the historic rights of Great Britain. The court does not declare, as requested by Great Britain, that such extension is without foundation in international law and invalid erga omnes.* The judgment is thus based on legal grounds which are *specifically confined to the circumstances* and special characteristics of the case and is *not* based on the applicants' main legal contention, namely, *that a customary rule of international law exists today imposing a general prohibition on extensions by states of their exclusive fisheries jurisdiction beyond 12 nautical miles from their baselines.*

What is the legal position as regards Great Britain's main contention?

In a joint separate opinion concurring judges Forster, Bengzon, Jiménéz De Aréchaga, Nagandra Singh and Ruda reached the conclusion that there is *no maximum* rule in international law on fishery limits, having the force of international custom; that it is a "*not well founded*" (p 46) conclusion to declare that there is at present a general rule of customary law establishing for coastal states on obligatory maximum fishery limit of 12 miles; that there is today *no* international usage to that effect sufficiently widespread and uniform as to constitute, within the meaning of article 38 1(b) of the court's statute "evidence of a general practice accepted as law".

As regards the well-known contention that a 12-mile maximum fishery limit results *by implication* from the fact that article 24 of the Territorial Sea Convention establishes a 12-mile limit for the contiguous zone, the joint separate opinion of the above five concurring judges succinctly declares:

> [T]he contiguous zone is . . . entirely unrelated to fishery questions: fishing does not find a place among the purposes of the zone referred to in that Article. It does not seem possible therefor to infer from this provision a restriction with respect to fishery limits". (p 46)

It is an indisputable fact that it has not been possible for states, despite the efforts made at successive codification conferences on the law of the sea, to reach an agreement on a rule of conventional law fixing the maximum breadth of the territorial sea nor the maximum distance seaward beyond which states are not allowed to extend unilaterally their fisheries jurisdiction. The deliberations of the 1958 Geneva Conference on the Law of the Sea revealed this failure which has been recorded in its resolution VIII of 27 April 1958. The general assembly of the United Nations consequently laid down that these two subjects would constitute the agenda for the 1960 Conference on the Law of the Sea, which also failed to reach agreement on a text. The establishment of a rule on these two questions thus remains among the topics on the agenda of the current Third United Nations Conference on the Law of the Sea.

It is also not possible to find today in the practice of states what the court described in the *Asylum* case as "a constant and uniform usage, accepted as law (1950 ICJ Rep 277). The alleged 12 mile limit maximum obligatory rule does not fulfil "an indispensable requirement", namely, "that within the period in question . . . State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform". (*North Sea Continental Shelf* cases 1969 ICJ Rep 43).*

What is the contribution which the majority judgment makes towards the development of the Law of the Sea? The contribution lies in the recog-

---

*The court found that 30 to 35 states have already extended their fisheries jurisdiction beyond 12 miles, and a further 20 to 25 states support a 200 mile economic zone concept. Consequently: "[M]ore than half the maritime states are on record as not supporting in fact and by conduct the alleged maximum obligatory 12 mile rule . . . [T]he limited State practice confined to some 24 maritime countries cited by the Applicant in favour of such a rule cannot be considered to meet the requirement of generality demanded by Article 38 of the Court's Statute." (p 53).

nition which it gives to the concept of preferential rights of a coastal state in the fisheries of the adjacent waters particularly if that state is in a special situation with its population dependent on those fisheries; *plus* the historic rights of other states dependent on the same fishing grounds. The above is however subject to the over-riding consideration of the proper conservation of the fishery resources for the benefit of all concerned. (See p 26, 27, 121.)

Judge Onyeama in a dissenting judgment declared that the court has declined to decide the gravamen of the dispute, namely the request for a decision that there is no foundation in international law for the claim by Iceland to be entitled to extend its fisheries jurisdiction by establishing a zone of exclusive fisheries jurisdiction extending to 50 nautical miles. He is of the opinion that the extension has no basis in international law and that the court should have drawn the conclusion that Iceland's unilateral extension to a 50 mile limit is contrary to international law. This he bases on article 2 of the High Seas Convention and article 3 of the Continental Shelf Convention (p 171).

Also judge Petrén in a dissenting judgment declares that the absence of a reply to the question whether the extension by Iceland of its fisheries zone is in conformity with international law leaves a void in the judgment (p 151). He also states the converse contention to that of the joint separate opinion of the five judges supra namely:

> "It is true that an increasing number of coastal states . . . have claimed an exclusive fisheries jurisdiction extending up to the 50 mile or even the 200 mile limit . . . [E]ven if one confines one's attention to the zone lying between the 12 mile and 50 mile limits, the number of states that have claimed exclusive fisheries jurisdiction therein cannot be considered sufficiently large to justify the conclusion that a new rule of law, generally accepted as valid by the international community is being applied. Furthermore, the States whose interests are threatened by these claims have constantly protested. Hence another element which is necessary for the formation of a new rule of customary law is missing, namely its acceptance by those states whose interests it affects". (p 161).

Also judge Gros in his dissenting opinion makes it clear that he regards the extension from 12 to 50 sea miles as contrary to international law:

> "Articles 1 and 2 of the Convention on the High Seas and Article 24 of the Convention on the Territorial Sea are provisions which are in force, and since the only argument relied on to exclude them is that they are outdated, no reply on this point is needed" (p 135).

This judgment thus did not give an answer to the question whether a state may under international law extend its fisheries jurisdiction beyond 12 miles. Five judges in a separate opinion felt that a state did have the necessary competence in international law to the above. The dissenting judges Petrén, Onyeama and Gros felt that an unilateral extension of fisheries jurisdiction beyond 12 miles was contrary to international law. All the court thus decided was that Iceland had an obligation to respect the United Kingdom's existing fishing rights. The United Kingdom in turn had an obligation to respect Iceland's preferential rights as a coastal state specially dependent on the fisheries in adjacent waters. Both countries had the obligation to undertake negotiations in good faith for the equitable solution of their differences regarding their respective fishing rights and their duty

to examine together such measures as may be required for the conservation and development and equitable exploitation of the fishery resources in the disputed waters.

This situation of legal uncertainty is unsatisfactory and conducive to international friction and disputes. It is to be hoped however that the law on the subject may be clarified as a result of the efforts directed to its codification and progressive development which are now being made at the Third Law of the Sea Conference.

G N BARRIE
Senior Law Adviser
Department of Foreign Affairs

BUTTERWORTHS VAN SUID-AFRIKA SE HULPTOELAE VIR STUDIEREISE IN DIE BUITELAND

Aansoeke om die 1976 hulptoelae word ingewag van voltydse regsdosente aan enige Suid-Afrikaanse of Rhodesiese universiteit. Die hulptoelae bedra R600 en word al om die ander jaar toegeken. Die beursgeld mag slegs vir studiereise na die vasteland van Europa en die Verenigde Koninkryk gebruik word; die verblyf aldaar moet minstens vier maande duur.

Aansoeke om die hulptoelae moet op of voor 30 Junie gerig word aan die Besturende Direkteur, Butterworth, Posbus 792, Durban 4000, met uitdruklike vermelding van die besondere redes vir die besoek aan die buiteland, die plekke wat besoek gaan word, die jaar waarin die studiereis onderneem gaan word en hoe lank die aansoeker voornemens is om in die buiteland te vertoef. 'n Besluit sal voor die einde van Augustus geneem en die benoemde aansoeker kort daarna in kennis gestel word.

Boeke

RISKANTE RECHTSVINDING

deur J M VAN DUNNÉ

Kluwer, Deventer 1974; 48 bl; prys f6.50

Hierdie werk is 'n meer uitgebreide weergawe van 'n inougurale rede deur die hoogleraar by die aanvaarding van sy amp uitgespreek. 'n Mens kan jou goed voorstel dat die aanhoor van die rede net so boeiend moes gewees het as die lees van die stuk. Dit is 'n vreugde om 'n stuk te lees wat helder en geestig gestel is en gelyktydig stof oplewer waaroor nagedink kan word, waarmee saamgestem kan word, maar waaroor ook van mening verskil kan word. Die geskrewe stuk is natuurlik meer as die voordrag: daar is aanvullings in die vorm van voetnote en dan is daar 'n aantal *excursus* wat te lank vir voetnote is en wat onder die benaming *okkernoten* aangebied word. Die geheel getuig van 'n grondige kennis van verskeie gebiede en van die moderne gedagtestrominge. Die hoogleraar maak melding van 'n uitlating van Köster: dat 'n betoog vir 'n derde vir die saal begryplik moet wees, vir 'n derde vir die fakulteit – en vir 'n derde deur niemand begryp moet word nie. Die onderwerp is nie eenvoudig nie en die vraag is of die breukdele vir die begrip van saal en fakulteit miskien nie vleiend is nie; aan die ander kant sal die styl en helderheid van formulering nie die skuld kan dra vir dit wat saal of fakulteit miskien nie begryp nie.

Die uitgangspunt van die betoog is die kontras by die uitleg van 'n wet tussen die standpunt dat die uitlegger (die regter) hom aan die woorde van die wet moet hou en die standpunt daarteenoor dat die woorde van die wet slegs 'n vertrekpunt by die toepassing van wetlike regsreëls is en dat die regter hom deur die maatskaplike of sosiale funksie van die wet moet laat lei. (Die hoogleraar beperk hom tot die privaatreg, maar ek glo nie dat dit noodsaaklik is om 'n onderskeid te maak tussen privaatreg of enige ander gebied van wettereg nie. Ek glo ook nie dat die hoogleraar dit iemand sal verkwalik as hy sy woorde op 'n breë basis toepassing gee nie.) Dit is die teenstelling tussen die opvatting dat die reg (die uitgangspunt is natuurlik dat die reg, in die vorm van 'n kodifikasie, *in casu* die privaatreg, die vorm van 'n wet aanneem) 'n geslote sisteem vorm en die opvatting dat die reg 'n oop sisteem vorm. Die hoogleraar maak die stelling dat in hierdie eeu die sienswyse die oorhand kry dat die reg getipeer word deur 'n oop sisteem. Hy wys op die argumente (soos by Nederlandse juriste gevind word) vir en teen die standpunte: die geslote sisteem berus op die verlange na regsekerheid, duidelikheid, vastigheid; dit is die wetgewer en nie die regter nie wat moet ingryp as die bestaande reg onbevredigend is. Die ondersteuners van die oop sisteem kenmerk hulle standpunt deur 'n vryheid teenoor die wet en sien die reg nie as 'n geheel van reëls met 'n eie wetmatigheid nie, maar beskou die wet

vanuit sy maatskaplike funksie; daar moet uitgelê word na die doel van die voorskrif ooreenkomstig die verband met die maatskaplike toestande.

Vervolgens, die twee uitgangspunte rakende die karakter van die regsreëls en die metode van regsvinding. Kenmerkend vir die aanhangers van die geslote sisteem is die standpunt dat regsreëls regsekerheid dien en dat die besondere geval onder die algemene reël geplaas word. Daar is 'n gevaar in beginsels wat te vaag omskryf is want hoewel dit in 'n gegewe geval tot billikheid kan lei, kan dit andersyds weer die regsekerheid in gevaar stel. Die reël behoort egter so opgestel te word om elke keer in die konkrete geval die billikheid sover moontlik te laat seëvier. Wat die voorstanders van die oop sisteem betref, moet die reël uitgelê word met die oog op die feite van die geval en die feite weer met die oog op die reël. Die rol van die persoon van die uitlegger is groot:

> "Bij het vormen van zijn oordeel zijn niet alleen waardeoordelen in het geding, maar speelt ook die intuïtie van de beoordelaar een grote rol, . . . Het enige dat hij kan doen, is zich zijn maatschappelijke verantwoordelijkheid te realiseren."

Dit doen hy

> "enerzijds door zich bij zijn waarderingsoordeel te laten leiden door in de maatschappij heersende overtuigingen, anderzijds door zijn oordeel te formuleren dat het voor de overige leden van de maatschappij controleerbaar, toetsbaar is."

Dus ondergaan die regsisteem 'n verandering deur die regsvinding. Juis omdat dit die standpunt is, is die kern daarvan die rol van die persoon wat die regsvinding verrig en die aard van die dialektiese denkmetode en die betekenis daarvan vir die regsvinding.

Die hoogleraar is 'n uitgesproke ondersteuner van die oop sisteem en sy twee aksiomas is vervat in die woorde:

> "het streven naar gerechtigheid waarvan de vrije rechtsvinding doortrokken is . . . de overgang van *waardevrije* naar *waardevolle* wetenschap en die overgang van lage menselijke behoeften (zekerheid) naar hogere menselijke behoeften (rechtsvaardigheid) . . ."

Dit lei hom in die tweede deel van die betoog tot 'n uiteensetting van die meer moderne psigologiese strominge en die pertinensie daarvan vir die regsvinding.

Afgesien van die *behaviorism* en *psycho-analysis* ontwikkel daar in die naoorlogse tyd die sg *humanistic psychology* (*third force psychology*). Van betekenis vir die juris is die pleit, in navolging van hierdie rigting, vir 'n *humanistic science*. Dit is 'n strewe weg van 'n *safety science* tot 'n *growth science*. Om die benadering toe te pas op die regswetenskap kan die vrye regsvinding gekarakteriseer word as die probleemgerigte *growth science*. Die regsvinding word so gesien as 'n waarderende oordeel en gelyktydig word dit 'n waardeoordeel. Die maatskaplike relevansie van die oordeel word gesien as 'n wetenskaplike aspek van die beoefening van die regswetenskap. Die huidige stand van hierdie denkrigting gaan, in 'n sekere mate, terug op mense soos Frank, Bendix en ander.

Van die *humanistic psychology* is een van die kenmerke die dialektiese denktrant wat nie op die Aristoteliese logika gebaseer is nie. Dit lei tot 'n

verwerping van die teenstelling *sein – sollen*. Die paradoksale denktrant word geanaliseer en daaruit die konklusie:

> "Met als gevolg alle aandacht op de juiste wijze van leven; niet het denken, maar *het handelen* staat centraal . . .; . . . de filosofen tot dusver hebben volstaan de wereld te beschouwen, terwijl het erom gaat hem te veranderen."

Die standpunt van die paradoksale denkwyse is ook dat

> "geen onderscheid wordt gemaakt tussen theorie en praxis (onder 'praxis' wordt niet 'praktijk' verstaan, maar de zelfverwerkelijking van de denkende persoon)."

(In dié verband word verwys na die uiteensettinge van Hegel, Fromm en in besonder Marcuse.)

Die boodskap wat die hoogleraar bring (en ek vertrou dat ek 'n suiwer beeld van die hooflyne van sy betoog weergegee het), kan m i in sy eie woorde soos volg opgesom word:

> "Wellicht dat bij de overgang van 'safety-science' naar 'growth-science' moed te putten valt uit het besef dat de wetenschap van het privaatrecht in een niet te miskennen krisis verkeert. Het dogmatische begrippenstelsel van weleer is steeds minder geëigend om steun te bieden aan de maatschappelijke ontwikkelingen in onze tijd . . . Ook de rechtstheorie dient zich te bevrijden uit het aristotelische denken dat getypeerd wordt door de zucht om de stof te beheersen . . ."

'n Boeiende betoog. Tipies vir 1974. Ongetwyfeld oortuigend vir goeie en getroue geloofsgenote. Stof vir oordenking vir iedereen. Wat die agnostikus betref, diegene wat nie *engagé* is nie, diegene wat die Heilige Twyfel voor oë hou, is daar miskien te veel premisses wat as aksiomas aanvaar word en wat miskien 'n mate van bewys ontbeer (soos die twee aksiomas van die hoogleraar hierbo genoem). Daar moet onthou word dat die hoogleraar hom in beginsel beperk tot die privaatreg. Dit sal my egter gegun word om enkele gedagtes daar te stel wat nie vanuit die privaatreg alleen gaan nie maar eerder die reg in sy geheel as terrein beskou. Hierdie gedagtes is natuurlik geensins nuut nie en sal seker nie onder *growth science* ressorteer nie.

Om dan te begin met die verwysing na Fromm se samevatting en soos deur die hoogleraar weergegee:

> "het paradoxale denken heeft geleid tot verdraagsaamheid en tot het streven, gericht op totale verandering van de persoonlijkheid, op herboren worden. De aristotelische zienswijze heeft geleid tot dogmatiek en tot wetenschap, tot de katholieke kerk en tot kernenergie."

Die eerste sin bevat 'n stelling en dit is nie so maklik om dit te bewys nie; dit omvat 'n lofrede wat vir 'n menigte geloofsbelydenisse reeds eerder as kenmerke toegeëien is. Moet aanvaar word dat die nuwe geloofsrigting die perfeksie sal bereik en dat die *millennium* nou gaan aanbreek? Die tweede sin is veronderstel om die Aristoteliese denkwyse in 'n swak lig te stel: dat dit sulke resultate bereik het, is egter onteenseglik ook al vind iemand dit onbehaaglik. Bowendien, die Aristoteliese denkwyse ken ook die begrip van relatiwiteit en dit wil voorkom asof die paradoksale denkrigting ook dit in gedagte moet hou. Dieselfde of soortgelyke dinge van verskillende oogpunte beskou, lyk nie noodwendig dieselfde nie. Vervolgens, wat die regsvinding betref, meen ek dat die teenstelling tussen 'n oop en geslote sisteem

te skerp gestel is. Ten eerste, in die lande met kodifikasies, glo niemand vandag meer dat die regter niks meer is nie as *la bouche de la loi*. Die geloof in 'n perfekte, onveranderlike regstelsel in die vorm van 'n wet het vroeg gesterf. Dit is in 'n groot mate die *jurisprudence* wat, enigsins soos die Romeinse *praetor*, optree as *vox populi* en ingryp *iuris civilis adiuvandi gratia, iuris civilis supplendi gratia, iuris civilis corrigendi gratia*. Daar word dus ingegryp *praeter legem* en ook selfs *contra legem*. Dat dit gebeur, blyk uit enkele voorbeelde wat deur die hoogleraar self aangehaal is; dat dit aanleiding kan gee tot aansienlike beroeringe en meningsverskille, spreek eweneens vanself. Dit is egter weer die tyd wat met die genesende hand kom. As deur die regsvinding op 'n onaanvaarbare manier ingegryp word, kan 'n mens daarop reken dat die stap nie in die vervolg gehandhaaf sal word nie. Is dit egter van so 'n aard dat dit wel deugdelik is (en ek glo die sg *maatschaparrest* is 'n tipiese voorbeeld) dan word dit gehandhaaf. Die praktyk steur hom gelukkig nie altyd aan die teorie nie en ek dink dat dit tog blyk dat Goethe gelyk had.

Wanneer so ingegryp word, staan dit soos 'n paal bo water dat daar gewoonlik beroering in die gemoedere kom. Daar is inderdaad 'n groot moontlikheid vir geleentheidsregsvinding op hierdie manier. Dit gebeur en daar is groot gevare verbonde aan die regter wat te maklik *praeter legem* en *contra legem* beslis. Die gevaar is sterk dat die metode uitgebuit word om een of ander ideologie van die toepasser uit te leef – wat natuurlik sterk deur sy geloofsgenote ondersteun sal word.

Dit wil my voorkom of die rigting wat die hoogleraar bepleit gedeeltelik geïnspireer is deur die Anglo-Amerikaanse sisteem. Dit spreek vanself dat die oorheersing van dié rigting diep spore in die denkrigtings van die Nederlandse regsgeleerdes sal trap. Ek meen egter dat daar onderskei moet word tussen die Anglo-Saksiese benadering tot die *statute* en die *Common law*. Wat die *statute* betref, is die regter meer aan die woorde van die wet gebonde as sy ampsgenoot in die Europese lande. Wat die *Common law* betref, danksy die aard van die regstelsel en die leer van *stare decisis* (met alle mutasies by die aanpassing in die moderne tyd), het die regter 'n mate van vryheid wat dit somtyds, tog maar net soos dié van sy Europese ampsgenoot, vir hom moontlik maak om hom op *social engineering* toe te lê. Dit is pragtig, ten minste wanneer hy 'n goeie werktuigkundige is; die gevolge is egter somtyds soos dié wat ek aantref wanneer die motorwerktuigkundiges met my voertuig besig was.

Alles bymekaar geneem, het ek die gevoel dat die aanhanger van 'n oop sisteem en die aanhanger van 'n geslote sisteem in die praktyk nie tot sulke geweldig verskillende pole streef nie. Die groot probleem is tog steeds by die mens en sy bekwaamheid, sy wysheid en ervaring; en dit geld ook vir die regter. Is die regter bekwaam en verstandig gaan daar sonder twyfel uitleg *praeter legem* en selfs *contra legem* plaasvind. Laat ons dit dan *growth science* noem. Sy arbeid sal ook duursaam wees. Het die regsvinder nie dié hoedanighede nie, kom daar weer uitleg *praeter legem* en *contra legem*. Dit val te betwyfel of dit gehandhaaf sal word. Ek glo selfs nie dat die paradoksale denkrigting nodig is vir hierdie toestand nie.

P VAN WARMELO
Universiteit van Suid-Afrika

DIE UITLEG VAN WETTE

Deur L C STEYN met medewerking van S I E VAN TONDER
(vierde uitgawe)

Juta & kie 1974; xli en 345 bl; prys R17,50

Toe dr Steyn die artikels wat voorheen in hierdie tydskrif gepubliseer was in 'n boek saamgevat het in 1946, het ek die boek verwelkom as die eerste leerboek in Afrikaans, en bygevoeg dat dit 'n werk van baie hoë gehalte is (1946 *Tydskrif* 128). Hierdie vierde uitgawe is nog dieselfde boek, met nuwe materiaal bygewerk. Dit is jammer dat by nuwer uitgawes van die werk die weg van die minste weerstand gevolg is. Polemiek wat dertig jaar gelede noodsaaklik was, is vandag nie meer nodig nie – party van die mure van Jericho wat indertyd bestorm moes word, het intussen geval, en 'n nuwe verwerking van die stof sou pasliker gewees het, en 'n beter gebalanseerde beeld gegee het.

Die werk bly nietemin een van hoë gehalte. Dit is tegnies goed versorg en die prys is billik.

J C DE WET
Stellenbosch

CONIECTANEA NEERLANDICA IURIS ROMANI, INLEIDENDE OPSTELLEN OVER ROMEINS RECHT

onder redactie van prof mr J E SPRUIT

W E J Tjeenk Willink, Zwolle, 1974; 212 bl; prys f25

Volgens die voorwoord van die redakteur het hierdie bundel van sewe opstelle in die eerste plek 'n inleidende funksie en word beoog om juriste en ander belangstellendes vertroud te maak met "een aantal facetten van de geschiedenis van het Romeins privaatrecht vóór en ná Justinianus". Hoewel inleidend en oorsigtelik, is die opstelle met een uitsondering nie populêr-wetenskaplik van aard nie.

Publikasie van die bundel is ongelukkig vertraag en die meeste van die bydraes was reeds vroeg in 1972 voltooi. In die geval van die opstel van prof R Feenstra oor "Romeins Recht en Europese Rechtswetenschap" het die vertraging tot gevolg gehad dat daar nie rekening gehou kon word met die standaardwerk van H Coing *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* waarvan die eerste deel in Junie 1973 verskyn het nie. Feenstra sê dan ook (bl 104 n 9) dat indien hy hierdie werk kon gebruik het, "zou veel van hetgeen thans in de tekst en in de noten over de Middeleeuwen staat anders geschreven zijn." Dit is werklik jammer dat die uitstekende bydrae van Feenstra aan so 'n onvermydelike kwalifikasie onderhewig moet wees.

Ten spyte van hul inleidende en oorsigtelike aard, of miskien juis daarom, kan die opstelle in hierdie bundel van besondere nut wees ook vir

die gesoute juris, en in die besonder vir die Suid-Afrikaanse juris wat dikwels genoodsaak word om 'n bepaalde aspek van die Romeinse reg en die latere ontwikkeling daarvan histories na te vors. Enersyds van waarde is die uitvoerige bibliografiese gegewens vervat in die voetnotas van elk van die opstelle, asook in die laaste opstel uit die kundige pen van Spruit onder die titel "Bibliografische Inleiding tot de Studie van het Romeins Recht". Andersyds is die bundel van besondere waarde omdat dit nie dikwels gebeur dat geleerdes van die formaat van Spruit en Feenstra aan ons 'n geïntegreerde geheelbeeld bied van hul siening van hul vakgebied nie.

Dit is nie moontlik om al die opstelle in besonderhede te bespreek nie en ek volstaan met enkele opmerkings. In die eerste opstel "Aspecten van de Ontwikkeling van het Privaatrecht in de prae-klassieke Periode" bespreek E Slob die ontwikkeling van die Romeinse privaatreg vanaf die vroegste tye tot aan die einde van die Republiek. In die tweede opstel gee J W Tellegen 'n "Overzicht van de Ontwikkeling van het Recht in de Keizertijd". Die sg klassieke en na-klassieke periodes word bespreek onder die hoofde "algemene kenschets", "wetgeving", "bestuur en rechtspraak" en "rechtswetenschap". Op bladsy 44 rig Tellegen 'n waarskuwing waarvan Suid-Afrikaanse juriste ook kan kennis neem:—

> "Merkwaardig is het, dat de klassieke teksten in onze tijd onder de romanisten steeds weer aanleiding hebben gegeven tot allerlei dogmatische hersenspinsels. Sommige teksten wekken de indruk alsof zij werden geschreven met een prachtig sluitend juridisch systeem op de agtergrond, doch niets is minder waar."

Maak ons as Suid-Afrikaanse juriste ons nie soms skuldig hieraan nie – en nie net ten opsigte van die Romeinse reg nie, maar ook in ons hantering van die Romeins-Hollandse reg? Is ons nie té geneig om geïsoleerde uitsprake van die skrywers oor die Romeins-Hollandse reg aan te. gryp, om daarop 'n hele dogmatiese struktuur te bou en dit aan te dien as "Romeins-Hollandse reg" nie?

'n Uitstekende bydrae is dié van Spruit waarin 'n oorsig gegee word van die hele ontstaangeskiedenis van "De Justiniaanse Wetgeving". Besondere aandag word onder meer gegee aan die werkmetode van die Kompilatore (die massa-teorie van Bluhme word helder uiteengesit), die vroeë manuskripte van die *Digesta* en die invloed wat die opbou en sisteem van die *Institute* gehad het op De Groot en op die Nederlandse BW.

'n Resensent is seker geregtig op persoonlike voorkeur, en vir my is die opstel van Feenstra oor "Romeins Recht en Europese Rechtswetenschap", ten spyte van die voormelde kwalifikasie, die *pièce de résistance* van die bundel. Die klem val op die *wetenskaplike* behandeling van die Justiniaanse tekste tydens die Middeleeue en nie soseer op die invloed wat die Romeinse reg op die *praktyk* gehad het nie (die sg "resepsie" van die Romeinse reg). Feenstra bespreek om die handskrifte van die Justiniaanse wetgewing waarvan die Glossatore gebruik gemaak het en die indeling van die stof in hierdie manuskripte – onontbeerlike voorkennis vir behoorlike begrip van die werk van die Glossatore. Vervolgens word die onderrigmetodes en geskrifte van die Glossatore behandel. Die voetnotas bevat uitvoerige bibliografiese gegewens, insluitende inligting oor resente fotomeganiese herdrukke van die werke van die Glossatore en hul opvolgers.

Aangesien hy hom beperk tot die wetenskaplike beoefening van die Romeinse reg in Europa vanaf die 12e tot die 19e eeu, bespreek Feenstra uiteraard nie die Romeins-Hollandse reg nie. Tog kan die lees van hierdie opstel weer eens vir die Suid-Afrikaanse juris as waarskuwing dien om nie alle Hollandse skrywers uit die 17e eeu en 18e eeu sonder meer oor dieselfde kam te skeer as verteenwoordigend van die Romeins-Hollandse reg nie. Feenstra wys tereg daarop (bl 122) dat die Romeins-Hollandse reg in die provinsie Holland 'n manifestasie is van dieselfde verskynsel wat hom in Duitsland tydens die 17e en 18e eeue voorgedoen het in die *usus modernus pandectarum*: uiterlik dikwels in die vorm van kommentare op die tradisionele Romeinsregtelike tekste, maar na inhoud uiteensettinge van die geldende reg van 'n bepaalde gebied, waar talryke reëls van die Romeinse reg as onderdeel van die geldende reg beskou word, en andere weer as "nie geresipieerd" aangemerk word. Sommige juriste het op beide gebiede beweeg: Van Bijnkershoek, byvoorbeeld, het geskrifte van "wetenskaplike" (of "elegante") aard oor die Romeinse reg nagelaat naas sy geskrifte in *usus modernus*-trant oor die Romeins-Hollandse reg. Feenstra plaas ook die negentiende-eeuse Pandektistiek, wat so graag in Suid-Afrika as gesag aangegryp word, in perspektief. Die Pandektistiek is 'n vertakking van die historiese skool waarvan die sistematiek, hoewel dit voorgee "suiwer" Romeinse reg te wees, 'n gekunstelde samestelling is van regsreëls waarin die historiese agtergrond van die Justiniaanse reg, juis ter wille van die sistematiek, dikwels opsy geskuif word.

Die slotgedeelte van sy bydrae wy Feenstra aan 'n bespreking van die "oude edities van het Corpus iuris civilis." Vir die navorser is hierdie onderwerp van groter belang as wat met die eerste oogopslag mag blyk. Feenstra wys daarop dat by die bestudering van die geskiedenis van die Romeinse reg vanaf die 12e tot die 19e eeu, daar telkens daarna gestreef moet word om by die lees van die werke van 'n besondere skrywer gebruik te maak van dieselfde teksweergawe van die *corpus iuris* as wat die betrokke skrywer voor hom gehad het. Die hantering van die vroeë gedrukte uitgawes van die *corpus iuris* is geen gemaklike taak nie – vanweë die Gotiese lettertipe en die gebruik van talryke afkortings is die eerste probleem om te kan "lezen wat er staat" – en die oorsig van Feenstra kan die oningewyde help om die belangrikste slaggate te vermy.

In 'n kort bydrae van meer populêre aard bespreek J M J Chorus "Romeins Recht op de Zuidpool en elders". Dit is in breë trekke die verhaal van die wêreldwye verbreiding van die Romeinse reg. Daar word veral verwys na die posisie in Skotland en Suid-Afrika, en die titel van die opstel is ontleen aan die Wet op Suid-Afrikaanse Burgers in die Antarktika 55 van 1962 waarin die gemene reg in Transvaal van toepassing gemaak word op gebiede suid van 60° suiderbreedte.

A S Hartkamp bespreek en interpreteer *D* 4 3 7 *pr* in sy bydrae getiteld "Iets over Romeins Recht aan de hand van een Digestentekst". Die doel van die bespreking is om iets te demonstreer "van de rijkdom van het Romeinse recht en de Romanistische wetenschap". Aan dié Suid-Afrikaanse universiteite waar daar nog van studente in die Romeinse reg teksuitleg en interpretasie verlang word, kan hierdie bespreking as nuttige model dien.

Hierbo is daar reeds kortliks verwys na die laaste opstel in die bundel, "Bibliografische Inleiding tot de Studie van het Romeinse Recht". Die inleiding is omvattend dog nie oorweldigend nie – die samesteller slaag uitmuntend daarin om 'n volledige opgawe te gee van basiese bronnemateriaal, bibliografiese en ander tegniese hulpmiddels sonder om die leser te oorweldig met 'n uitvoerige opgawe van gespesialiseerde literatuur. Van die opgenome werke word telkens slegs die laaste druk vermeld en, waar toepaslik, ook resente fotomeganiese herdrukke. Die bruikbaarheid van die gegewens word verhoog deur kort aantekeninge oor die aard en inhoud van die opgenome werke, asook deur die tegniese wenke ten opsigte van die gebruik van die verskillende hulpmiddels. Die gegewens word onder sewe hoofde verskaf wat die naspoor van inligting vergemaklik.

Om saam te vat, 'n bundel opstelle wat beide romanis en regshistorikus met vrug kan lees en gebruik.

H J ERASMUS
Universiteit van Suid-Afrika

M KASER: ROMEINS PRIVAATRECHT

In het Nederlands vertaald en bewerkt door F B J WUBBE

2e druk, W E J Tjeenk Willink, Zwolle, 1971; xiv en 438 bl.

Hoewel laattydig, moet die aandag gevestig word op die verskyning van die tweede hersiene en bygewerkte druk van professor Wubbe se Nederlandse vertaling van Kaser se bekende *Lehrbuch*. Hierdie publikasie, binne vier jaar na die eerste druk, bevestig weer eens die populariteit van Kaser se boek (waarvan intussen 'n Spaanse en 'n Finse vertaling die lig gesien het) en van Wubbe se uitstekende vertaling.

Hierdie nuwe uitgawe berus op die 6e uitgawe van die Duitse werk (1968) en bevat gevolglik die betreklik geringe wysigings wat daarin te vinde is. Die opvallendste vernuwing is 'n los bylae met 'n Nederlandse vertaling van alle Latynse sinne (dus nie enkel woorde nie) wat in die boek voorkom. Hier is nog 'n verdere uitvloeisel van die feit dat Latyn in Nederland, soos in die meeste Europese lande, nie meer 'n voorvereiste vir regstudie is nie. Die opsteller maak verskoning vir die taamlik woordelikse vertaling; dit het die resensent nie opgeval of gehinder nie, maar wel is dit ietwat vreemd dat woorde soos *vindicta*, *dolus malus*, *iniuria* ens nog in die vertalings voorkom hoewel hulle nie onvertaalbaar, of minstens nie moeiliker vertaalbaar as ander terme nie, voorkom nie.

Die vergelykende verwysings na ooreenstemmende bepalings van die Nederlandse BWB (en in hierdie druk ook na die *Code Civil* en die Belgiese Burgerlike Wetboek) het aansienlik toegeneem. Die skrywer se *apologia* vir hierdie gebruik, waaroor in die resensie van die eerste druk [31 (1968) *THRHR* 95] bedenkings uitgespreek is, oortuig nog nie hierdie resensent nie.

Hierdie keurig versorgde uitgawe, in hardeband, is ongetwyfeld nie die laaste hoofstuk in die suksesverhaal van professor Wubbe se bewerking

nie. Die gretigheid waarmee dit deur Nederlandse en selfs Suid-Afrikaanse dosente van Romeinse reg aangegryp is, is waarborg hiervan.

W J HOSTEN
Universiteit van Suid-Afrika

LE PLURALISME JURIDIQUE

Etudes publiés sous la direction de JOHN GILISSEN

Editions de l'Université de Bruxelles 1971; 332 bl; prys 530 FB

Hierdie werk is deel van 'n reeks publikasies deur die *Centre d'Histoire et d'Ethnologie Juridiques* van die Belgiese *Institut de Sociologie* en is gepubliseer met die medewerking van die *Societé Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions.*

Die verskynsel wat hier ondersoek word, naamlik juridiese pluralisme, word deur een van die skrywers soos volg gedefinieer: Die bestaan, binne 'n bepaalde gemeenskap, van verskillende juridiese meganismes wat van toepassing is op identiese situasies (bl 19). Die bestaan van meerdere konkurrerende regsisteme binne 'n land is natuurlik nie 'n onbekende fenomeen in Suid-Afrika nie, maar is 'n verskynsel wat veral in Europa tot dusver grotendeels genegeer is onder invloed van die positivistiese, monistiese beskouing van die meeste regsgeleerdes: slegs die gepositiveerde reg van 'n (unitêre) staat is reg. Nogtans, soos professor Gilissen in sy voorwoord tereg daarop wys, ontken hierdie siening nie alleen die historiese realiteite van Europa voor die 19e eeu nie, maar ook die bestaan van baie dwingende reëls binne die huidige state wat as nie-juridies of suiwer sosiaal beskou word maar nogtans belangrike regsgevolge kan hê.

Die verskillende bydraes, afgesien van die redakteur se inleiding en 'n sintetiserende opstel (J Vanderlinden), vestig die aandag veral op drie aanwendingsgebiede van sulke pluralismes: in die regsgeskiedenis (naamlik die ontwikkeling van wet en gewoonte as regsbronne), in die verhouding tussen strafreg en sogenaamde "dissiplinêre reg", en dan die naasmekaarbestaan van inheemse en Europese reg in die vroeëre kolonies. Binne die eerste kategorie val artikels oor pluralisme in die werke van regsfilosowe (L Inger), spesifiek in die werk van die Belgiese sosioloog Eugene Dupréel (H Janne), en in die Romeinse reg (G C J J van den Bergh). Oor die tweede vorm van pluralisme is daar bydraes met betrekking tot "volksgeregte" in Nederland (soos dié wat in sommige dorpe lei tot "spot-" of "strafserenades" – "charivari") (G C J J van den Bergh), en die dissiplinêre reg van sosiale groepe (P Goffin). Oor die laaste en vir ons waarskynlik mees interessante aanwendingsgebied is bydraes oor pluralisme in die Moslemreg (A Abel), in Etiopië (N J Singer en J Vanderlinden), in Mali (E Pollet) en les bes in Suid-Afrika in die periode 1652 tot 1909. Laasgenoemde lywige bydrae deur E Pollet van die Vrye Universiteit van Brussel sal Suid-Afrikaanse juriste interesseer vir sover dit 'n bekende geskiedkundige terrein (die verhouding van blank teenoor inboorling voor Unie) vanuit 'n regsoogpunt benader. Die werk verloor egter ongelukkig van sy waarde deurdat

(verbasend vir 'n Belgiese geleerde) hoofsaaklik slegs Engelse en Franse geskiedkundige werke geraadpleeg is – 'n eensydige benadering wat heel moontlik die skrywer toegang ontsê tot ander perspektiewe op hierdie vraagstuk.

Ten slotte is daar artikels oor pluralisme in die USSR (F Gorle) en die Sjinese Volksrepubliek (M Engelborghs-Bertels) – 'n oënskynlike teenspraak in hierdie *ex confesso* egalistiese state.

Die bydraes is van wisselende omvang en gehalte. Die belang van hierdie werk is veral daarin geleë dat dit baanbrekerswerk verrig op 'n gebied wat hopelik in die toekoms meer aandag sal geniet.

W J HOSTEN
Universiteit van Suid-Afrika

MIDDELEEUWSE RECHTSBRONNEN VAN STAD EN HEERLIJKHEID BREDA

Deel II: Rechtsbronnen 1405 tot 1477

uitgegeven door F F X CERUTTI

(Werken der Vereeniging tot Uitgaaf der Bronnen van het Oud-Vaderlandsche Recht, 3e reeks, no 17/2)

Kemink en Zoon Bussum 1972; 749 bl

Hierdie publikasie volg op die eerste deel wat in 1956 verskyn het en die regsbronne voor 1405 bevat het. Persone wat van hierdie tweede deel gebruik wil maak, sal dit raadsaam vind om die uitvoerige inleiding wat in Deel I verskyn het, te raadpleeg.

Waar Breda 'n Brabantse gebied was, is sy regsbronne uiteraard nie van direkte belang vir die geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg nie. Nietemin is die werk van algemene regsgeskiedkundige waarde, nie alleen omdat versamelings van Middeleeuse Brabante regsbronne betreklik skaars is nie, maar ook weens die ligging van Breda: dit was naby die grens tussen Holland en Brabant en sy reg het daarom invloed van albei stelsels ondergaan. Verder het die stad en "land" Breda, behalwe 'n kort tydperk van regstreekse onderworpenheid aan die Hertog van Brabant (1327–1339), oor die algemeen steeds 'n groot mate van selfstandigheid geniet, wat ook blyk uit die aard van sy "heerlijke rechten": soos die skrywer te kenne gee (Deel I, Voorbericht) is die interessantheid van hierdie gebied gevolglik daarin geleë dat dit dieselfde probleme as groteres ondervind het maar dat sy kenbronne juis weens die territoriale beperking makliker in een oorsigtelike publikasie saamgevat kan word. Ook die periode wat in hierdie deel gedek word, is interessant: die tydperk na 1504, toe Breda oorgegaan het na die Nassause huis, val ook saam met die begin van die Boergondiese hertoë se strewe na sentralisasie, en die daaruit voortspruitende jurisdiksiegeskille tussen die hertoë en die here van Breda kom dan ook duidelik in die gepubliseerde bronne na vore.

Professor Cerutti het die begrip "regsbron" taamlik wyd opgeneem: nie net het hy die kenbronne vir die privaat- en strafreg (soos bv keure) en die regspraak bymekaar gemaak nie, maar ook "oorkondes" en ander tekste met betrekking tot die ontwikkeling van die "heerlijkheid" en die "heerlijke rechten", die bestuursorganisasie en die "domeine" binne die gebied. Professor Cerutti het gevolglik 'n noodwendig ietwat subjektiewe maar goed verantwoorde seleksie gemaak.

Die bronne is in chronologiese volgorde gerangskik, elk voorafgegaan deur 'n kort opsomming van die inhoud en gevolg deur die volgende inligting: die beskrywing van die seël (indien nog bestaande), die plek waar die oorspronklike van die dokument te vinde is (of die afskrif waar die oorspronklike nie beskikbaar is nie; in hierdie gevalle gebruik Cerutti die oudste afskrif), en ten slotte verwysings na literatuur waarin die betrokke bron of 'n opsomming daarvan voorkom. Waar die betrokke bron reeds vantevore in 'n maklik bekombare publikasie verskyn het, word net 'n opsomming van die stuk of 'n uittreksel daaruit voorsien.

Die uiterste sorg wat die samesteller aan hierdie bronneversameling bestee het, blyk uit die lang tyd waarin hy daaraan gewerk het: waar hierdie presiesheid miskien vir die uitgewers probleme gegee het, is nietemin die vrugte daarvan beslis in die eindproduk sigbaar.

Die uiteindelike nut van 'n bronneversameling soos hierdie sal natuurlik eers deur latere gebruik bewys word. 'n Illustrasie van sy moontlike waarde vir ons kennis op die gebied van die privaatreg is die volgende. Meijers het vir sy uiteensetting van die Wes-Brabantse erfreg (*Het Ligurisch Erfrecht in de Nederlanden* deel I 1929) gebruik gemaak van die reeds vroeër gepubliseerde ordonnansie van 11 Februarie 1476. Cerutti se versameling bevat, behalwe hierdie ordonnansie (no 831, bl 693) ook versoekskrifte in hierdie verband wat deur die stad, die kapittel en die dorpe in die land van Breda aan die heer, Engelbrecht II van Nassau, aangebied is. Hieruit blyk nou dat daar voor die ordonnansie heelwat meer verskeidenheid op hierdie gebied bestaan het as wat Meijers hom voorgestel het.

Professor Cerutti is oorlede toe die laaste proewe van die boek op sy lessenaar gelê het. Professore B H D Hermesdorf en J Th de Smidt het vir die druk van die tekste gesorg en mnr G J Rehm vir die opstel van die baie uitvoerige *index rerum*. Die voorneme van die opsteller was blykbaar om die bronne tot 1504 byeen te maak, dws die datum waarop die verhouding, wat jurisdiksie betref, tussen die Bredase "schepenbank" en die regspraak van die hertog finaal gereël is. By sy dood was heelwat stof reeds versamel maar nog nie persklaar nie. Laat ons hoop dat die besluit van die Vereeniging se bestuur om mettertyd so 'n derde volume te probeer publiseer, uitgevoer sal word. So 'n uitgawe sal dan hopelik, soos wyle professor Cerutti se voorneme was, 'n *index* van plek- en persoonsname bevat wat ook die huidige twee volumes heelwat meer bruikbaar sou maak.

W J HOSTEN
Universiteit van Suid-Afrika

Blockshareholding or Sectional Title?*

D V Cowen

The Law Adviser to the Johannesburg City Council

INTRODUCTION

One of the main reasons which led to the passing of the Sectional Titles Act 66 of 1977 was a widespread conviction that the alternative tenures available before the act was passed all suffered from certain inadequacies and did not offer the advantages which, hopefully, are to be derived from the acquisition of the condominium form of ownerhsip under the act. The available alternatives in actual use were: (i) shareholding rights of occupancy, sometimes called "blockshareholding schemes"; (ii) leases; and (iii) contractually qualified co-ownership. In view of the fact that very little has hitherto been written in South Africa about shareholder occupancy schemes, these will be explained and analysed in detail.[1]

Some evidence of the shortcomings of shareholding occupancy was given to a parliamentary select committee;[2] and section 23 of the act was the legislature's response. In that section parliament showed a distaste for shareholding occupancy by providing that machinery for converting a shareholding occupancy scheme to sectional ownership may be set in motion at the wish of even a single shareholder-occupier.

As the law stands at present, shareholding rights of occupancy have been given, so to speak, an indefinite but precarious extension of life.[3] Some consider that the legislature should have gone further. They argue that shareholding rights of occupancy are at best a clumsy makeshift whose *raison d'être* disappeared with the passing of sectional titles legislation, and

---

*This article forms part of chapter 8 of the author's forthcoming book on *The Law and Practice of Condominium in South Africa.*

[1]A standard American text on shareholding occupancy (called co-operative housing in the United States) is Rohan and Reskin *Cooperative Housing Law*. There is much in that book of value to South Africans who are interested in the subject. And see "The FHA Condominium: A Basic Comparison with the FHA Cooperative" 31 (1963) *George Washington Law Review* 1014; "Community Apartments: Condominium or Stock Cooperative?" 50 (1962) *California Law Review* 299.

A brief review of the subject by Mr C A Leandy is included in the SAPOA transcript of *Seminars on the Sectional Titles Act* May 15th 1973 147–150.

[2]See, in particular, the evidence given by Mr Keith Browne on behalf of SAPOA in SC 7 1969 72–73. Also the evidence of actual participants in a shareholding occupancy scheme, at pp 27–43. The evidence was, however, one-sided and no attempt was made to discuss the merits as distinct from the demerits of the institution.

[3]However, by the simple expedient of bonding the property for a nominal sum to a sympathetic mortgagee, an application for conversion may be defeated; because in terms of section 23(3), read with section 4(4), the consent of the mortgagee is necessary.

that shareholding occupancy should be completely outlawed by an appropriate amendment of the Companies Act.[4]

It is submitted that to outlaw the institution would be an unwise and unnecessary step. If a choice is available between condominium and shareholding occupancy, then, other factors being equal, it is the present writer's firm conviction that the balance of advantage, both from the point of view of the developer and from the point of view of the participants, is on the side of condominium; and presently full reasons for this conclusion will be given. But there are some projects which simply cannot be developed under the Sectional Titles Act in its present form, as, for example, where the scheme relates to detached buildings, none of which is to be divided.[5] In these circumstances a shareholding occupancy scheme may be the best available vehicle to suit the developer's needs. Again, having weighed the relative advantages and disadvantages of the available aternatives, a developer may reach the conclusion that shareholding occupancy is from a tax point of view the only economically viable course open to him. Where, for example, a property owning company owns a building bought at – and reflected in its books of account at – a low figure, but the property has since risen considerably in value, the tax implications of selling the property on a sectional title basis would be deterring.

There would seem to be no compelling reasons of public policy or of any other nature why a developer who prefers shareholding occupancy should not be free to make his choice effective. What is required is not unreasoned opposition to the institution, but a careful analyisis of both its advantages and its disadvantages; and especially the giving of attention to methods of mitigating its admitted weaknesses in so far as it may be feasible to do so. That many of the weaknesses can be mitigated, and indeed avoided, by careful documentation is clear, as will be shown presently; though a purchaser of shareholding rights of occupancy would certainly be well advised in all cases to have the documentation vetted by an experienced company lawyer. In other words, provided that suitable safeguards are devised, shareholding occupancy should be allowed to exist side by side with sectional ownership as an available option – as in the United States – leaving it to the market to decide whether it should survive.[6]

THE STRUCTURING OF SHAREHOLDING OCCUPANCY SCHEMES

The expression "own your own flat" has been in use in South Africa and elsewhere for many years to designate flat occupancy schemes, coupled

---

[4]On the other hand most lawyers in Natal, where the institution has had a long period of trial and has worked well, hold a different view.

[5]The limiting nature of the requirements in the act (a) that buildings must be divided, and (b) that sections must be defined by reference to the floors, walls and ceilings thereof, coupled with difficulties arising from the techniques of defining common property, will be elaborated later.

[6]See the author's papers presented to the NBRI seminar on High Density Housing held in Johannesburg on 29 September 1972; and to the SAPOA seminars held between 9 May and 12 June 1973; *Consolidated Transcript,* especially at pp 171, 172.

or linked with blockshareholding, which it was once thought would offer, substantially, the benefit of conventional ownership. Though many refinements are encountered in practice,[7] two major kinds of shareholding occupancy schemes have been resorted to in South Africa. And these we may conveniently describe as the "old" scheme and the "new" scheme.

The old scheme

The essential features of the old scheme are as follows:

(i) A company is formed,[8] and there is conveyed to that company the ownership of a piece of land and of a building or buildings erected or to be erected thereon, suitable for multiple occupancy.

(ii) The share capital of the company is divided into "blocks" of shares, the number of shares in each block being determined by the developer's assessment of the value of the portion of the property to be occupied by the holder of each block of shares.

(iii) The next, and crucial, step is to structure the articles of association so as to provide not only for the effective management of the company's property, but also to ensure that the block shareholders will obtain the exclusive use and occupation of specified sections of the company's property. To this end, under the old scheme, the articles contain a provision drafted along the following lines:

> "Each share block shall entitle the holder thereof to the right and privilege of the exclusive use, occupation and enjoyment in perpetuity (free from the payment of any rent therefor) of a definite flat or garage in the company's building, as set out in (an annexure)".[9]

(iv) The articles of association go on to provide that before the occupancy of a section is allotted, the prospective allottee is required to enter into an occupancy agreement with the company in a form specified in the articles. Thus, the particular clause entitling the holder to exclusive use and enjoyment quoted in (iii) above, went on to provide:

> "Subject, however, to the execution by the holder of an occupation agreement (as annexed), whereby etc, etc."

(v) An offer to purchase shares is then drawn up for the signature of prospective purchasers. Under the old scheme this document included the following typical clauses dealing with the purchase price or consideration:

---

[7]A good overview is given by A P Molloy in his article "Aspects of Flat-owning Companies" in 1969 *New Zealand Law Review* 13 sqq; 44 sqq. See also Rohan and Reskin *op cit* section 2.01.

[8]Where a scheme comprises more than 50 members it is necessary to register a public company. See the definition of a private company contained in section 20(1) of the Companies Act 61 of 1973.

[9]This clause appears in the articles of association considered by the court in *Rosslare (Pty) Ltd v Registrar of Companies* 1972 (2) SA 524(N) 526 E.

The clause raises several interesting tax questions: (i) is the free right of occupation a donation *by the company?* (ii) is it a taxable benefit in the hands of the recipient? (iii) what is the tax position if the right of occupancy is given to a director of the company?

> "I, John Smith, hereby offer to purchase share block no 1 consisting of 100 shares in the XYZ Co Ltd, to which is linked the right to use and occupy flat no 1 in "White Sands", Durban, on the following terms and conditions:
>
> "1 The purchase price of the shares shall be R100.
>
> "2 In addition to the purchase price of the shares I shall be obliged to lend to the XYZ Company the sum of R29 900 free of interest as a fixed loan."[10]

(vi) Shareblocks are then sold and transferred into the name of prospective purchasers. The normal course is not to offer the shares directly to the public for "subscription"; instead the shares are in the first place allotted to a nominee of the promoters and thereafter sold to members of the public.

The object of this procedure is, presumably, to avoid the requirement of a prospectus contained in section 146(1) of the Companies Act. However, attention should be drawn to section 146(2) which provides that, unless the contrary is proved, "it shall be evidence that an allotment of, or an agreement to allot, shares was made with a view to the shares being offered for sale to the public if it is shown that an offer for sale to the public in respect of such shares or any of them was made within six months after the allotment or the agreement to allot."

(vii) Purchasers of blocks of shares then enter into the occupation agreement referred to in (iv) above,[11] and thereafter obtain occupancy.

The occupancy agreement will normally provide, *inter alia,* for the payment of levies to cover such matters as payment of rates, water supply, refuse collection and removal, lighting, cleaning, repairs and maintenance, insurance, heating, service of lifts, salary of a superintendent, and the accounting, audit and general administrative expenses connected with the building. Well-drawn agreements generally provide further that each shareholder-occupier agrees with the company not to create any nuisance by way of noise, smell, trespass, the obstruction of halls, passages, yards or driveways, hanging things out of windows, the deposit of refuse and so on.

Those aspects of management not required to be exercised by the company in general meeting are normally vested in the board of directors, who are often also given the important function of "screening" prospective purchasers.

The New Scheme

The new scheme was introduced, on the initiative of the South African Property Owners' Association, to meet certain objections raised by the registrar of companies in regard to those provisions of the articles of association in the older schemes which purport to confer directly a right of occupancy in respect of the company's property and which provide for fixed

---

[10]The amounts are hypothetical but typical. The clauses quoted are from the documentation concerning "Golden Sands", Snell Parade, Durban, Natal.

[11]Attorneys acting for purchasers should be careful to ensure that the occupancy agreement is, in fact, indivisibly linked to the agreement to purchase a block of shares.

interest free loans as part of the consideration for acquiring the right of occupancy.[12]

The essential characteristics of the new scheme are as follows:

(i) The first step would be as in (i) above.

(ii) The second step would be as in (ii) above.

(iii) The first and main point of difference between the two schemes occurs in regard to (iii) above. Whereas under the older scheme rights to occupy parts of a building owned by a company purport to be conferred directly by a clause in the articles of association, under the new scheme rights of occupancy, though flowing ultimately and indirectly from shareholding, derive directly from an agreement of use and occupation.

The reason for this change is that the registrar of companies objected to the provision contained in the articles under the older dispensation on the ground that the relevant clause "amounted to a return of capital to shareholders and constituted an unauthorised reduction of the capital of the company". This particular objection was not upheld by the Durban and Coast Local Division (per Milne J) in *Rosslare (Pty) Ltd v The Registrar of Companies*,[13] and it is submitted with respect correctly so, although there is a decision of the New Zealand Court of Appeal which directly supports the objection.[14]

However, in order to avoid further confrontations with the registrar of companies, developers resorting to shareholding occupancy now generally omit the clause in question and replace it with a provision empowering the company as follows:

> "The Directors are empowered to enter into agreements with any member or members for the use and occupation of any portion, or the whole, of the company's property upon such terms and conditions as the directors may agree (*sic*: determine)".[15]

(iv) Under the new scheme the offer to purchase shares contains the following typical clause:

> "I, John Smith, undertake to purchase from the sellers the undermentioned shareblock of fully paid-up shares in the company, in order to secure the sole right and privilege to the exclusive right of occupation and enjoyment free from payment of any rent therefor of flat no 1 representing shareblock 1 comprising 100 shares in the company which owns the property."[16]

In the same manner as under the old scheme, so too under the new scheme the consideration given for occupancy would be (a) an amount for the shares in excess of their nominal value, such excess being profit to the

---

[12]The registrar's objections are fully stated in the judgement in *Rosslare (Pty) Ltd v Registrar of Companies* 1972 (2) SA 524 (N).

[13]*supra* at 527F.

[14]*Jenkins v Harbour View Courts Ltd* 1966 NZLR 1.

[15]Clause 107 of the Articles of Embankment Properties Investments (Pty) Ltd – kindly made available to the author by Mr Gerlad Hackner of Durban.

[16]From the documentation for Haven Court, Durban.

promoters, and (b) an interest free loan to the property-owning company to cover, *inter alia*, its mortgage indebtedness.

The old schemes provided for compulsory interest-free fixed loans to the company by including a clause to that effect in the articles of association of the company. But to meet objections from the registrar of companies,[17] and because of the specific provisions of section 59 of the Companies Act, this is now provided for in the Agreement of Use and Occupation.[18]

(v) The company then, by a resolution of the directors, confers on the holder of a shareblock the right to the exclusive use and enjoyment of a specific portion of the building; and an agreement of use and occupation is thereafter entered into between the company and such holder "recording the terms and conditions under which the company allows the holder to enjoy the rights aforementioned."[19]

DEMERITS OF SHAREHOLDING OCCUPANCY

Whether structured in the old or in the more modern way outlined above, shareholding occupancy schemes, even at their best, have serious shortcomings. Some of these can be ameliorated by careful drafting of the operative documentation, but it is not possible to eradicate them entirely.

In the first place, a person who purchases a block of shares does not, by virtue of his shareholding, become the owner of the land, or of the buildings annexed to it, or of any part thereof, no matter how much he pays for his shareholding. If initially the company owns the land, it remains owner thereof; and the shareholder never acquires more than personal rights against the company for the enforcement of his occupation agreement and the rights conferred by his shareholding. And it makes no difference whether the shareholder-occupier's rights derive directly from the company's articles of association, or from an occupancy agreement with the company, or from both. He acquires no real rights whatsoever in either the land or the building. Although he is sometimes called a "shareholding owner" this is a misnomer. He is more appropriately described as a "shareholder-occupier"; though if he has agreed to pay a rent to the company and if the relation of landlord and tenant is envisaged in the particular case, he could qualify as a lessee or tenant.

The fact that a shareholder-occupier necessarily remains a creditor of the company, having personal rights only and not real rights in the property itself, has disadvantageous consequences concerning security of tenure.

Thus – and this may be listed as the second defect – there is the risk that the directors may engage in activities that have nothing to do with the nor-

---

[17]Cf the *Rosslare case, supra,* 534.

[18]From the documentation for Haven Court, Durban.

[19]It should be noted that section 59(2)(b) of the Companies Act 1973 prohibits a condition contained *in the articles* for a compulsory loan to the company. However, section 59(2)(b) does not prohibit such a provision in a contract with the company.

mal administration of the scheme. They might, for example, borrow money for entirely unrelated purposes and so bring the company into liquidation; in which event the shareholders' rights of occupancy could be terminated at great loss to them. This risk, unfortunately, has not infrequently materialised in practice in recent years.

The risk just specified could (and, in a properly structured scheme, should) be avoided by inserting a condition in the company's memorandum of association that the directors shall have no authority to represent the company save in regard to matters necessarily involved in the normal running of the scheme, and reserving authority to deal with all other matters to the shareholders in general meeting.[20] However, there are a great many shareholding occupancy schemes on the market which do not contain this safeguard.

Not surprisingly therefore – and this is a third defect – financial institutions are not willing to accept a pledge of shares as "security" for a loan. The reason is basically that the shareholder-occupier himself very often has no real security of tenure and cannot grant to others what he himself does not have.[21]

A fourth – and from the point of view of both the developer and the purchaser, probably the most serious – objection to shareholding occupancy schemes concerns the complicated way in which they are financed. At the outset, the capital required by the developer is normally raised by a "blanket" mortgage given by the company owning the land, either a debenture or an ordinary mortgage bond being taken by the mortgagee over the company's assets. Each purchaser then helps to finance the company's mortgage liability by making an interest free loan to the company.

Each shareholder under such a blanket mortgage is dependent on the solvency of his fellow shareholders. Thus, if a number of shareholders were to default at a time when flats were difficult to sell, the shareholders who were not in default might find themselves saddled with large claims if they are to prevent the mortgagee exercising his powers of sale. Not surprisingly, therefore, many developers feel themselves morally obliged to give and often do give purchasers an indemnity against such an eventuality; and this means the indefinite tying up of a substantial amount of the developer's assets.

On the other hand, under a sectional ownership scheme each owner has the benefit and security of separate and independent financing; and may

---

[20] This may be done in terms of section 53(a) of the Companies Act read with section 56. Were a director then to exceed the limits of his authority (of which the public would have constructive notice) neither the company nor the director would incur liability.

[21] *Titman v Traill* (1957) 74 20 N 284 (New Zealand). To the same effect, the evidence given to parliamentary select committee, SC 7 of 1969 73. And see Thomas Bergin "Virginia's Horizontal Property Act" 52 (1966) *Virginia Law Review* 966–967 where the consequences of the shareholder-occupier not being an owner are stressed; also J E Cribbet "Condominium – Home Ownership for Megalopolis?" 61 (1963) *Michigan Law Review* 1238.

So far as building society mortgage finance is concerned, building societies are precluded by section 29 of the Building Societies Act from granting such finance except on the security of "urban immovable property"; and a shareholder-occupier's rights do not so qualify.

negotiate mortgage facilities in respect of his particular section to suit his own requirements.[22] The developer, too, is not necessarily called upon to tie up assets by the giving of an indemnity.[23]

Fifthly, the administration of a shareholding occupancy scheme involves intricate and expensive accounting procedures. Detailed records of each shareholder's account, especially his loan account, must be kept;[24] and the cost of the annual audit may be considerable.

Sixthly, agents have problems in selling shares under shareholding occupancy schemes because of the provisions of the Companies Act. As long as that act requires compliance with the provisions of sections 141(5) or 143 (as the case may be) block shareholding schemes may present problems to selling agents because of the risk of conviction under the act if incorrect information is given.[25]

Seventhly, to the extent that the terms and conditions of the shareholders' occupancy depend upon the company's articles of association, they may be altered by fellow shareholders against the will of a particular occupant.[26] It is questionable, moreover, whether under the newer schemes the position of occupiers has not been made even less satisfactory. Under the old scheme the articles of association constituted a single identical contract between the company and each of the members.[27] Under the newer schemes the company could, in theory, conclude different occupancy agreements with different occupants, though a contractual warranty may be given that this shall not happen.

Australian and New Zealand commentators have expressed the view that the rule in *Foss v Harbottle* is yet another – eighth – cause of unease about shareholding occupancy.[28] Will the courts, they ask, in accordance with the rule in *Foss v Harbottle,* "refuse to interfere in the internal management of the company"? For example, if the exterior of the building is allowed to become dilapidated, the value of each individual section will fall; and the question has been raised whether an individual occupant would have no redress if the directors refuse to maintain the building, a simple majority of shareholders being on their side. However, in South Africa, under the

---

[22]American commentators regard this as the decisive advantage which condominiums have over shareholding occupancy arrangements. See Professor Curtis Berger's contribution in *The Practical Problems of Condominium* 1964 2–5; Bergin "Virginia's Horizontal Property Act" 52 (1966) *Virginia Law Review* 969; Cribbet "Condominium – Home Ownership for Megalopolis?" 61 (1963) *Michigan Law Review* 1237.

The fact that a company may not give any financial assistance in connection with a purchase of its own shares (section 38 of Act 61 of 1973) is another factor limiting the flexibility of financing arrangements in blockshareholding schemes.

[23]If, however, a sale under the Sectional Titles Act takes place in instalments, a prudent purchaser will invariably insist upon adequate security for repayment (less an amount for use and occupation) in the event of transfer not taking place.

[24]C A Leandy "Merits and Problems of Shareholding Occupancy" – a paper read in Durban to a SAPOA Symposium on Condominium, 15 May 1973.

[25]C A Leandy *loc cit.*

[26]A P Molloy *loc cit.*

[27]See section 16 of the Companies Act 46 of 1926 as amended. The corresponding section in the Companies Act 1973 is section 65(2).

[28]*Foss v Harbottle* (1843) 2 Hare 641; 67 ER 189. See A P Molloy *op cit* 14–17.

new Companies Act 61 of 1973, this is not a real risk. Section 266(1) of the South African Companies Act would enable any member of the company, in these circumstances, to initiate proceedings on behalf of the company against the defaulting director or directors.

A ninth disadvantage is that where the provisions of section 23 of the Sectional Titles Act are involved, a shareholder-occupier may be called upon to pay transfer duty for a second time; initially on the purchase of the shares and then on the transfer of the unit.

MERITS OF SHAREHOLDING OCCUPANCY

On the other hand, shareholding occupancy is not without its own substantial merits.

Firstly, shareholding occupancy schemes are governed by a branch of law which, though technical, has been thoroughly explored for generations and is well established, whereas the condominium legislation is still in its experimental stages, and there is no residuary body of established law governing the activities of the body corporate. This latter shortcoming may, however, be remedied by including a provision in the operative roles making the rules of company law applicable where suitable and relevant.

Secondly, the documentation can be prepared and brought into operation quickly and comparatively inexpensively,[29] whereas the documentation under the Sectional Titles Act is more complicated, by no means inexpensive, and has to be scrutinised by two public authorities – the local authority and the registrar of deeds. The necessary procedures are therefore slower, and – in some cases – may be inconveniently slower.

Thirdly, shareholding occupancy schemes offer more flexibility in regard to fixing the participants' share in the common property; and in regard to the range of developments to which shareholding occupancy schemes are applicable.

Fourthly, the participants in a shareholding occupancy scheme may shelter behind the protection afforded by the company's corporate personality; at any rate while the company remains solvent. That is to say, they cannot be sued for the company's debts by the company's creditors. This is not so in regard to the owners of units under the Sectional Titles Act who may be sued by the creditors of the body corporate, where the body corporate fails to pay, even though they have already paid their levies to the body corporate. On the other hand, this latter risk is by no means as ominous as it might at first sight appear because the owners are only liable *pro rata* to their participation quotas.[30]

Fifthly, it is cheaper to obtain transfer of a block of shares than to obtain transfer of a unit under the Sectional Titles Act.[31]

---

[29]C A Leandy *loc cit.*

[30]See section 35 of the act.

[31]Share transfer fees are 1% of the share consideration. But see above, concerning the risk to a shareholding occupier of having to pay double transfer duty where the provisions of section 23 are invoked.

Sixthly, transfers of shares under occupancy schemes are almost inevitably subject to the approval of the company's directors; and it is sometimes claimed that this power of the directors to screen potential purchasers is not only a protection to the existing occupants against undesirable co-occupants but also an advantage which cannot be attained in a condominium scheme.[32] Unless there is a provision that the directors' consent cannot be withheld unreasonably, this particular power could, however, amount to an absolute power of veto, and might then become a disadvantage liable to serious abuse.

On the other hand, it would be a mistake to conclude that legal techniques are not available for keeping undesirable, or undesired, participants out of a sectional title scheme – a pre-emptive right to purchase units registered as a condition of title in favour of the developer or the corporate body being one such technique. However, the South African Sectional Titles Act does not afford the same freedom in this field as is available under a shareholding occupancy scheme. Thus for example, it is submitted that the operative "rules" may not be used to achieve a simple restraint upon alienation. The rules may only be used to provide for the "control, management, use and enjoyment of sections and the common property" and it is very doubtful indeed whether a right to interfere with the power and privilege of an owner to *dispose* of his unit is thereby included.[33] However, this is an aspect which requires detailed discussion, which will be undertaken later.

Seventhly, although effective procedures for the enforcement of the rules in a condominium scheme are available, the most effective remedy – namely the risk of ejectment – is not available, the draftsmen of the South African legislation having deliberately omitted a provision similar to that to be found, for example, in the Austrian legislation that the rights of a participant may be terminated in the event of persistent and unbearable conduct.[34] On the other hand, in a shareholding occupancy scheme provision for ejectment may lawfully be made and is, in fact, normally made.

Eighthly, attention must be given to the position which could arise when, after the passage of years, a scheme may have become outdated and the cost of major renovations may be excessive. In such circumstances the participants may wish to rebuild, or alternatively dispose of their asset. Under the Sectional Titles Act a unanimous resolution[35] or, alternatively, a court order[36] will be required. Under a block shareholding scheme the articles may make provision for a simpler procedure, and the possibility of a single participant withholding consent may be effectively excluded.[37] Furthermore, by virtue of the powers conferred by section 321 of the Com-

---

[32]C A Leandy *loc cit.*
[33]See sections 5(3)(f) and 27 of the act.
[34]See article 10 of the Austrian *Wohnungseigentumgesetz* of 8 July 1948.
[35]Section 36(1)(b).
[36]Section 36(1)(c).
[37]Advantage number 8 is sometimes stressed in the continental legal literature. See, for example, F W C Blom "Is Horizontale Eigendom Goed?" in *De Naamloze Vennootschap* 1967 151.

panies Act to acquire the shares of a minority in a take-over scheme, the purchaser of not less than nine-tenths of the shares could set at nought the obstruction of a small minority.

Ninthly, section 23 of the Sectional Titles Act is seen as a merit in favour of shareholding occupancy; because it permits of a period of experimentation with shareholding occupancy and provides the machinery for conversion to condominium should experience so warrant.

CONCLUSION

These are substantial considerations in favour of shareholding occupancy. Nevertheless, it is submitted that the condominium form of ownership is, on balance, to be preferred to shareholding occupancy in a situation where alternative structuring is possible. The advantages of condominium are particularly compelling from the point of view of a purchaser, but they are by no means inconsiderable from the point of view of the developer as well. The point which must be stressed, however, is that the two systems should not be seen as mutually exclusive and antithetical but rather as *wholly different* tenures: in some situations shareholding occupancy may, indeed, be the *only* or, alternatively, the best vehicle from the developer's point of view.[38] □

To love our country by a scrupulous adherence to written law, *would be to lose the law itself, with life, liberty, property and all those who are enjoying them with us, thus absurdly sacrificing the end to the means . . . The line of discrimination between cases may be difficult; but the good officer is bound to draw it at his peril; and throw himself on the justice of his country, and the rectitude of his motives.*

Letter of Jefferson to Colvin, 20 Sept 1810

[38]This was the general opinion expressed at a series of SAPOA seminars held between 9 May and 12 June 1973. And see Cribbet "Condominium – Home Ownership for Megalopolis?" 61 (1963) *Michigan Law Review* 1243.

Aspects of the History of the South African Law of Damages

HJ Erasmus

University of South Africa

I ROMAN LAW

(a) Classical law

(b) The law of Justinian.

(c) The limitation of damages and *C* 7 47

II FROM GLOSSATORS TO PANDECTISTS

(a) The definition of *interesse*

(b) The division of *interesse*

(c) The limitation of *interesse* and *C* 7 47

III THE ROMAN-DUTCH LAW

(a) Terminology, definition and division of *interesse*

(b) General principles of assessment

(c) Non-compensatory damages

IV THE COMMON LAW

(a) Non-compensatory damages

(b) The role of the jury

(c) General principles of assessment.

V THE FOUNDATIONS OF THE SOUTH AFRICAN LAW OF DAMAGES

(a) The influence of the judicial and procedural framework

(b) Non-compensatory damages

(c) The influence of Pothier

(d) The resurgence of Roman-Dutch law

VI CONCLUSION

The South African legal system is a hybrid one "in which civil and common law elements jostle each other".[1] This is particularly evident in the South African law of damages. On the one hand, the courts[2] and writers of textbooks[3] have relied on civilians such as Voet, Domat and Pothier in their exposition of contractual damages. On the other hand it has been stated that, apart from three rules of general application derived from Voet, "the law of damages in the modern Roman-Dutch law is substantially the same as in English law".[4] The duality of the origins of the South African law of damages is reflected in its terminology. Civil law terms such as *id quod interest*, *interesse*, positive and negative interest, *damnum emergens* and *lucrum cessans* rub shoulders with common law terms such as special, general, nominal, punitive and exemplary damages.

In this article the historical foundations of the South African law of damages are traced in outline. The treatment of the subject must, of necessity, be selective with the emphasis on those features of the civil and of the common law which have played a significant part in the evolution of the South African law of damages. For the sake of historical perspective the discussion is chronological rather than systematic, and the story is taken up to the early years of the twentieth century.

In the first two sections the evolution of the concepts *id quod interest* and *interesse* are traced from their origins in Roman law to the formulation of the *Differenztheorie* during the nineteenth century.[5] In the third and fourth sections the Roman-Dutch law and certain features of the common law are considered. The fifth section is devoted to the confluence of the various lines of development in South African law during the nineteenth century and early twentieth century. In the final section a few general conclusions are stated.

I ROMAN LAW

(a) Classical Law

The recovery of damages, if indeed the term is appropriate in this context,[6] was dominated in classical Roman law by the formulary procedure and the *condemnatio pecuniaria*. Roman law lacked a general concept of damages and a general liability for damages. The Romans only knew individual situations from which liability for damages arose and it was the task of the *iudex* in each individual case to evaluate the extent of the liability in accord-

---

[1]Hahlo & Kahn *The South African Legal System and its Background* (Cape Town 1968) 585–586.

[2]eg *Emslie v African Merchants Ltd* 1908 EDC 82 at 91.

[3]eg Wessels *Law of Contract* 2nd ed (Durban 1951) §§ 3163 ff.

[4]Lee *Introduction to Roman-Dutch Law* 5th ed (Oxford 1953) 263.

[5]Certain aspects of this development were considered in an earlier contribution to this journal: see H J Erasmus "'n Regshistoriese Beskouing van Codex 7 47" 1968 *THRHR* 213–241.

[6]F Niedermeyer "Studien zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus" *Festschrift Fritz Schulz* (Weimar 1951) Bd I 401 n 3: "Mann sollte den Terminus Schadensersatz für das klassische Recht, glaube ich, überhaupt vermeiden".

ance with the *formula* of the particular *actio*.[7] The *iudex* was obliged by virtue of the principle of the *condemnatio pecuniaria* to give a judgment sounding in money, even where the original performance was still possible and in fact preferred by the creditor.[8] Historically, the sum of money of the judgment is probably to be explained as the price of redemption from liability, that is, the monetary composition offered to the victim in order to save the wrongdoer from the harshness of personal execution.[9] The discretion of the *iudex* in regard to the determination of the sum of money to be mentioned in the judgment (*litis aestimatio*), varied in accordance with the instructions contained in the *condemnatio*.[10] Thus in an action for *certa pecunia* a fixed sum of money was mentioned in the *condemnatio* and the discretion of the *iudex* was limited to the choice of either condemning in the liquidated amount, or of absolving (e g *sestertium X milia condemna, si non paret absolve*). In other actions for money the *condemnatio* left the estimation of the amount due either to the unfettered discretion of the *iudex*, or the judgment was not to exceed a fixed sum (*taxatio*).[11]

In a number of *formulae* the *iudex* was instructed in the *condemnatio* to evaluate the amount of the judgment in accordance with the norm *quanti ea res est* (*erit, fuit*).[12] This was an objective standard based on the valuation of the objective or market value of property or goods as at a particular time. If a *certum* other than money was sued for, such as the transfer of the ownership of a thing, the objective value of the thing at the time of *litis contestatio* had to be assessed (*quanti ea res est*). If the action lay for *certam rem reddere* (as in deposit, loan, pledge) or for *certam rem restituere*[13] (as in the *rei vindicatio*) the value of the thing at the time of judgment had to be assessed (*quanti ea res erit*). The phrase *quanti ea res fuit* regularly occurred in the *condemnatio* of penal actions which, in classical law, included actions in delict. In these cases the value of the thing had to be assessed as it was at a stated time in the past. The purpose of the "pure" penal action (such as the *actio furti*) was not compensation for loss but composition (*poena*), that is, redemption of the victim's right to vengeance. The "mixed" penal action (such as the classical *actio legis Aquiliae*) had a twofold purpose, both compensation and composition.[14]

---

[7]Kaser *Das römische Privatrecht* 2 Aufl (München 1971) Bd I 498 f; Vico "L'estensione dell' obbligo di resarcire il danno nel diritto Romano classico" in *Scritti in onore Contardo Ferrini* (Milano 1947) 361 f.

[8]The *condemnatio pecuniaria* was to some extent avoidable in actions with a *formula arbitraria*, for example in the *rei vindicatio* with a *formula petitoria*. In these cases the defendant was enjoined by an interlocutory order (*pronuntiatio*) to make "restitution in kind". If he did so, he was absolved, otherwise he was condemned in money according to the plaintiff's assessment on oath of the value of restitution (*iusiurandum in litem*) See Kaser *Das römische Zivilprozessrecht* (München 1966) 256 f.

[9]See Kaser *Zivilprozessrecht* 287.

[10]The *condemnatio* was *ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur* (*Gaius* 4 43).

[11]The *condemnatio* then read, *dumtaxat sestertium X milia condemna, si non paret absolve* (*Gaius* 4 43 and 51).

[12]See in general Kaser *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht* (München 1935) and *Zivilprozessrecht* 242 f.

[13]See in general Kaser *Restituere als Prozessgegenstand* (München 1932).

[14]Kaser *Zivilprozessrecht* 232.

The amount of the composition was also calculated by an objective standard. The most common method, particularly in delicts against property, was to take the value of the property concerned as basis and the composition was then the two-, three- or fourfold amount of this value.

In actions with *formula incerta* the *iudex* was instructed to condemn in "whatever the defendant ought to perform to the plaintiff" (*quidquid . . . dare facere oportet*).[15] The Romans describe the unfettered discretion left to the *iudex* in this formulation, by saying that he had to condemn the defendant in *id quod* (*actoris*) *interest*. In classical Roman law *id quod interest* did not denote a method of assessment, and in particular not a method involving a comparison between the plaintiff's present position in fact and what it would have been but for the commission of the wrong.[16] In its broadest sense the expression merely denoted the freedom of the *iudex* to assess the amount without regard to the value of the object or thing concerned; it normally signified simply "that which the plaintiff can recover from the defendant".[17] In the details of its practical application *id quod interest* varied from action to action. The precise manner of its practical application was the function of the *iudex* and cannot be recovered from the sources.[18]

A purely objective standard of assessment does not satisfy a sophisticated sense of justice and already in classical law the gradual encroachment of a subjective standard can be observed, i e an encroachment of *id quod interest* on *quanti ea res est*. The change was gradual and came about without any sudden or radical departure from established principle and practice. For example, in actions under the *lex Aquilia* the "value" of the slave or animal was still assessed, but in the assessment the loss suffered by the individual plaintiff was taken into consideration.[19] The details of the development, which varied from action to action, are obscure and disputed. Thus Daube is of the opinion that the principle of *interesse* "belongs to the original conception of chapter III" of the *lex Aquilia*.[20] Kaser, on the other hand, sees the penetration of the *quod interest* into the *lex Aquilia* as a gradual process completed only by the time of Julian.[21] Whatever the solution to problems of

---

[15]The phrase *quidquid . . . dare facere oportet* occurred in the *formulae* with or without the addition of the words *ex fide bona*. In the absence of these words, the discretion of the *iudex* extended to the object of the performance and its evaluation. The source of the liability was judged according to strict standards. The addition of the words extended the judicial discretion to the whole obligation, i e to both the source and the scope of the liability. See Kaser *Römisches Privatrecht* I 501.

[16]D Medicus *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes* (Köln/Graz 1962) 327. See also at 307: "*Id quod interest* bedeutet den Römern noch keine Rechenformel, in die man nur das hypothetische und das wirkliche Vermögen des Geschädigten einzusetzen braucht, um durch einfache Subtraktion als Ergebnis den Schaden zu erhalten . . . *Id quod interest* muss daher eine Wertung im Einzelfalle erfordert haben".

[17]Medicus *Id quod interest* 302: ". . . den Inbegriff dessen, was der Kläger vom Beklagten verlangen kann".

[18]Medicus *Id quod interest* 337.

[19]Kaser *Quanti ea res est* 6–7; on the use of *id quod interest* with reference to *formula* on *quanti ea res est* (*erit, fuit*), see Medicus *Id quod interest* 229 f and 328 f.

[20]D Daube "On the use of the term *damnum*" in *Studi in onore Siro Solazzi* (Napoli 1949) 146; Medicus *Id quod interest* 238 f rightly, in my view, rejects the theory of Daube.

[21]Kaser *Quanti ea res est* 170 f.

detail such as these, the admirable study of Medicus[22] has clearly demonstrated that the use of *id quod interest* in relation to the *lex Aquilia* by the classical jurists does not signify recoverability of the plaintiff's total loss or full *interesse* (in the modern sense of the word). It merely denoted the freedom of the *iudex* to exceed the objective value of the *res* in circumstances where this value was inadequate.[23]

In view of the increasing tendency of taking subjective factors into consideration in the assessment of the amount of the judgment, the question arises to what extent the *iudex* was permitted to have regard to the loss of profits of the plaintiff. At first blush it would appear that in the actions on *quidquid . . . dare facere oportet* the freedom of the *iudex* to assess the *id quod actoris interest* included the freedom to assess the individual plaintiff's loss of profits. Yet this does not appear to have been the position.

In a number of texts it is stated that the liability for *id quod interest* also includes *lucrum*,[24] while in others the liability for *lucrum* is expressly excluded.[25] From these texts a distinction has been drawn between *damnum emergens* and *lucrum cessans*, a distinction which is of no theoretical or practical value in modern law.[26] The fact that the Romans found it necessary to distinguish between *damnum* and *lucrum* is an indication that in their law the distinction had some significance. As to the precise nature of the significance of the distinction scholars are strongly divided.[27] The liability for *lucrum* probably developed along separate lines within the framework of the individual actions. Recognition of liability for *lucrum* in actions on *quanti ea res est* (*erit, fuit*) must be seen as part of the process of breaching the limitations of an assessment based on the objective value of the *res*. In certain instances the *lucrum* could have been built into the "value" of the thing, the classic example being the inclusion of the value of the inheritance in the "value" of a slave which had been instituted heir.[28] In actions for the *quod interest* of the plaintiff, classical law does not appear to have achieved a completely subjective approach. The liability for *lucrum* seems to have been construed on a narrow basis and to have been recognised only in certain standard or typical situations in which the scope of the liability was judged by objective criteria.[29]

---

[22]Reviewers are unanimous in their praise of Medicus' *Id quod interest;* see Kaden 1962 *SZ* 432 f; Waldstein 1963 *Iura* 288 f; Miquel 1963 *Gnomon* 279 f; Mayer-Maly 1963 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 102 f; Thomas 1964 *Journal of Roman Studies* 211 f.

[23]Medicus *Id quod interest* 243 and 329 f, and Kaser *Quanti ea res est* 176 f.

[24]*D* 13 4 2 8; 19 1 23 31; 19 2 33; 19 2 24 4; 19 2 15 9–19*pr;* 21 2 8; 39 2 37; 46 8 13*pr*.

[25]*D* 9 2 29 3; 18 6 20; 24 1 5 13; 39 2 26; 47 2 72 1.

[26]Medicus *Id quod interest* 308; De Wet & Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 3e uitg (Durban 1964) 159 footnote (c). The terms *damnum emergens* and *lucrum cessans* are of medieval origin.

[27]The most recent study with full reference to the earlier literature is that of Karl-Heinz Below *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht* (*Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte* XLVI) (München 1964) which must, however, be read subject to Prof Medicus' criticism in 1965 *SZ* 392 ff.

[28]Below *Die Haftung für lucrum cessans* 7 f; see for example *D* 9 2 23*pr* and 9 2 51*pr*.

[29]This is the conclusion of Below *Die Haftung für lucrum cessans* 22 f and 123 ff which Prof Medicus accepts with strong reservations in 1965 *SZ* 392 ff.

This brief conspectus of classical Roman law must be concluded by stressing that the distinction between "positive" and "negative interest" was unknown to the Romans.[30] Although *id quod interest* is frequently followed in the texts by a qualifying phrase, for example *id quod interest rem habere* or *non deceptum esse*, these qualifying phrases were not used by the Romans to differentiate various methods of assessment. The qualifying phrases do indeed point to an assessment resembling negative interest in some cases and positive interest in others,[31] but the distinction is not drawn consistently.[32] If the qualifying phrases had in fact been intended by the Romans to denote a distinction between positive and negative interest, then they frequently omitted them where required or inserted them unnecessarily.[33] The sources also display an imprecision and looseness in the use of the tense of the verb of the qualifying phrase which makes it difficult, if not impossible, to reconcile the texts with the distinction in its modern form.[34] Thus *servum non evinci* in *D* 19 1 43 fits neither positive nor negative interest because the eviction had already taken place. This imprecision is perhaps best illustrated by the phrase *quanti emptoris interfuit non decipi* in *D* 19 1 13 1, 2. The phrase would only suit the modern concept of negative interest in the form *quanti emptoris interest* (*interfuit*) *non deceptum esse* for the deception has already taken place while the plaintiff's interest in not having been deceived endures to the (future) moment when compensation is paid. The qualification of *id quod interest* by additional phrases was, therefore, no more than an indication of the direction or course the assessment was to take. It neither denotes a conscious choice between two possibilities nor a particular method of assessment.[35]

(b) The Law of Justinian

Id quod interest disappeared in the post-classical law. The occasional use of the term after Diocletian goes back to classical examples which were often misunderstood.[36] The concept was revived by the conscious classicism of Justinian but under circumstances materially different from those obtaining in the classical period. The most important change was that affecting the procedural structure:[37] the formulary procedure had been replaced by the *cognitio* procedure; the *formulae* had disappeared and in their place a system of pleading had been introduced; the *condemnatio pecuniaria* had been abolished and the judge was now entitled to order specific performance. The bipartite division of the proceedings into the stages *in iure* and *apud iudicem* was un-

---

[30]The following paragraph is based on the argument and conclusions of Medicus *Id quod interest* 311 ff.

[31]For positive interest, see *D* 19 1 30 1; 19 1 43; 21 2 8; for negative interest, see *D* 19 1 13 1–2 and 19 1 21 2. Also see Medicus *Id quod interest* 53 ff and 138.

[32]Medicus *Id quod interest* 176 f and 314 points out that in *D* 18 7 6 1 Papinian allows himself to be convinced by Sabinus without noticing that the latter's argument proceeds from negative instead of positive interest.

[33]Medicus *Id quod interest* 313.

[34]The examples are quoted by Medicus *Id quod interest* 316 where he discusses the results of his investigation of all qualifying phrases in Digest 18 and 19.

[35]Medicus *Id quod interest* 315, 317.

[36]Medicus *Id quod interest* 286 ff, 294 ff.

[37]See Kaser *Zivilprozessrecht* 410 ff.

known to the *cognitio* where the whole procedure up to the judgment was conducted before an official judge.

No fundamental change of the classical concept of the *quod interest* is discernable in Justinian law.[38] The main development appears to have been the extension of the *id quod interest* to those areas where the classical law had confined the liability to the objective value of the *res*.[39] This development was facilitated by the disappearance of the distinction of various actions, each with its own *formula* and its own particular requirements. Alterations to the classical texts made during this period reflect this extension of the application of the *id quod interest* rather than a change in the concept as such.

(c) The Limitation of Damages and C 7 47

In classical law no need was apparently felt for a fixed set of rules whereby the extent of the liability to pay damages could be restricted. The classical jurists say hardly anything about the knotty problem of the limits of compensatory damages.[40] In the few texts, mainly within the context of the *lex Aquilia*, in which the jurists touch upon causation, their concern is with the question of the existence of the liability to pay damages rather than with the question of the extent of the liability. Because of the absence of any attempt at systematic consideration of the problems of the limititation of the extent of the liability, Roman law lacks the conceptual structure developed in modern law to distinguish between the recoverable and non-recoverable parts of the loss. Concepts such as consequential loss, remoteness of damage, foreseeability and mitigation of loss, are foreign to Roman law.

There is an isolated reference to foreseeability in *D* 19 1 43, a text which has probably been transmitted in interpolated form.[41] From this single text it cannot be inferred that the Romans, as a matter of principle, restricted liability to foreseeable loss. This does not mean that the extent of the liability was not subject to limitation and that unusual and wholly unforeseeable losses were included in the *id quod interest*. In those texts in which the liability is extended to include consequential loss, the liability is, firstly, confined to typical cases where the consequential or indirect loss usually follows with a high degree of probability.[42] Secondly, the *id quod interest* itself seems to have had a "built-in" limitation. For example, the collapse of a house caused by defective wood used in the construction thereof, renders the seller liable for the value of the house (*aedium aestimatio erit praestanda*).[43] The personal loss suffered by a particular owner, even if it exceeds the value of the house, is not taken into consideration.

While the Romans contributed little to the solution of the problem of the limits of compensatory damages, there are two texts, *D* 19 1 21 3 and *C* 7 47, which were accorded great weight in medieval legal literature. For centuries

---

[38]Medicus *Id quod interest* 338 ff.
[39]Kaser *Römisches Privatrecht* II 252.
[40]See in general Medicus *Id quod interest* 317 ff.
[41]The text is considered in detail by Medicus *Id quod interest* 80 ff.
[42]Medicus *Id quod interest* 321; for example *D* 19 1 13*pr* and 19 1 6 4.
[43]*D* 19 1 13*pr*.

these two texts dominated the scene of damages, contributing perhaps more confusion than enlightenment.

In *D* 19 1 21 3 Paul limits the liability to the *utilitas circa rem*.[44] From this text the medieval jurists construed a distinction between *utilitas circa rem* and *extra rem*. The authenticity of the text is strongly disputed by modern scholars and the meaning of the phrase *utilitas circa rem* is obscure. The phrases, which occurs but twice in the Digest,[45] is no technical term and the Romans certainly never consciously considered whether the damages fell within or exceeded the bounds of what was *circa rem* or *extra rem*.

C 7 47 was enacted by Justinian in 531 AD. In the *constitutio* a purely mechanical limit was imposed upon the extent of the liability. A distinction is drawn between *casus, qui certam habent quantitatem vel naturam* and other cases. In the former the damages were not to exceed the *quantitas dupli*, and in the latter the judges had to consider only such loss *quod re vera inducitur*. Although the *constitutio* was promulgated two years before the publication of the Digest, there is no trace of its influence in the Digest[46] where classical texts were left unaltered in cases where the amount of damages must of necessity have exceeded the limit of the *duplum*.[47] On contemporary practice, both in the East and in the West, the *constitutio* had no noticeable influence.[48] In the *Basilica* a translation of the text appears but no explanatory *scholia*.[49] No satisfactory reason for the promulgation of this ill-considered and confused enactment can be gleaned from the texts. Equally obscure are the *dubitationes antiquae* and the *prolixitas* referred to in the text of the *constitutio*.[50] From the fact of its promulgation the inference follows that the emperor had considered it necessary to curb a tendency which had manifested itself to extend the scope of the *quod interest*. There is in the texts a slight indication of such a tendency: in the classical period the jurist Venuleius stated that the assessment of damages *plerumque ad exiguam deducitur*;[51] in *D* 19 1 21 3 the late-classical jurist Paul was beginning to show some concern about the limitation of damages.[52]

II FROM GLOSSATORS TO PANDECTISTS

Early in the Middle Ages[53] an important step forward was taken by the substantival use of the word *interesse* to denote the full scope of the second-

---

[44]The text is considered in detail by Medicus *Id quod interest* 35 ff.

[45]The other is *D* 11 3 14 5.

[46]Except perhaps *D* 19 1 44, though Medicus *Id quod interest* 90, 292 and V Arangio-Ruiz *Instituzioni di diritto romano* (Napoli 1960) 390 are of the opinion that the *duplum* in *D* 19 1 44 derives from the analogy of the *stipulatio duplae*.

[47]For example in *D* 19 1 13*pr* where the value of the house by far exceeds the value of the *tignum vitiosum*.

[48]See A Berger *Strafklauseln in den Papyrusurkunden; Ein Beitrag zum Gräko-Ägyptischen Obligationenrecht* (Aalen 1965) 134 and Levy *Weströmisches Vulgarrecht*; *Das Obligationenrecht* (Weimar 1956) 129, 220.

[49]*Bas* 9 1 87 (*Basilicorum libri* LX ed G E Heimbach (1833–1870) 435 ff).

[50]See Medicus *Id quod interest* 290.

[51]*D* 46 5 11.

[52]*D* 19 1 21 3; 19 1 43; 11 3 14 5.

[53]On the law of damages in Medieval legal theory see: H Lange *Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie* (Münster/Köln 1955); H Dilcher *Die*

ary liability to pay damages as distinct from the liability under the primary obligation.[54] Since the glossators all discussion of the law of damages centred around the concept of *interesse* and the jurists, freed from the shackles of the formulary procedure and the *condemnatio pecuniaria*, were able gradually to evolve a general concept of damages.[55] The medieval jurists were, however, obliged to build their concept of *interesse* on the Roman sources which do not present a uniform picture of what the medieval jurists considered to be the secondary liability to pay damages. In order to reconcile the conflicting pronouncements of the texts with a uniform and comprehensive concept of damages, the jurists created a large number of sub-divisions of the general concept. Scaccia[56] mentions twenty-eight different ways of subdividing *interesse*, and on the wellknown *arbor super interesse* of Rebuffus there appears no less than forty-eight sub-divisions.[57]

A comprehensive survey of the development of *interesse* from the glossators to the pandectists is not possible within the confines of a few pages. In the following brief sketch the emphasis will be on those facets of the development which are of significance for an understanding of certain terms and concepts used in the South African law of damages. For the sake of convenience the development will be considered under three headings: (a) the definition of *interesse*; (b) the division of *interesse*; and (c) the limitation of *interesse*.

(a) The Definition of Interesse

One of the earliest definitions of *interesse* is an interesting anticipation of the nineteenth-century *Differenztheorie*. In regard to the seller's duty to effect delivery it is stated in the *Lo Codi* of approximately 1150:[58]

> "sie vero non vult eam reinvestire, potest ei petere interesse, id est proficium quod haberet, si res esset tradita."

This is an isolated statement and the definition of *interesse* in terms of the difference between an hypothetical position and a position in fact does not, but for one exception, recur before the nineteenth century.

The definition which was for centuries to remain the foundation of all further attempts at definition was that of Accursius: *interesse est damnum emergens et lucrum cessans ex quo aliquid fieri cesset*.[59] This definition represents a wider concept than the Roman *id quod interest* which did not, for example, embrace a general liability for loss of profits. The merits of the Accursian definition are twofold. Firstly, by defining *interesse* in terms of loss suffered,

---

Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten (Frankfurt 1960); H J Wieling *Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum bürgerlichen Gesetzbuch* (Köln 1970) and R Feenstra's review of Lange's book in 1956 *SZ* 461 ff.

[54]eg *Brachylogus* 4 23 1: *actiones ad interesse spectant*; *Lo codi* 4 62 2: *potest ei petere interesse*; see further Lange *Schadensersatz* 14 and Dilcher *Leistungsstörungen* 126.

[55]Lange *Schadensersatz* 11; Feenstra 1956 *SZ* 469 ff; Dilcher 1961 *SZ* 277 f.

[56]*Tractatus de commerciis et cambiis* (Genève 1664).

[57]An illustration appears on p 30 of Lange's *Schadensersatz*.

[58]4 52 2.

[59]Gloss *possible est ad C* 7 47. The definition is derived from *D* 46 8 13.

the emphasis is put on the basic principle of compensation, punitive considerations being excluded and, secondly, the definition proceeds subjectively from the loss suffered by the individual plaintiff. The definition contains no objective or external limitations: as a matter of principle the full loss of the individual plaintiff is recoverable. The general concept was restricted by way of the numerous sub-divisions introduced by the medieval jurists which related both to the manner of the assessment of the loss and to the limitations of the extent of the liability. The weakness of the medieval system does not lie in its general concept of *interesse*, but in its failure to evolve general criteria for the method of its assessment and for the limitation of the extent of the liability.

Attempts at improving the Accursian definition achieved little more than refinement of the phraseology. The best effort is perhaps that of Baldus:[60] *interesse est quantitas damni vel lucri.* During the sixteenth century the Accursian definition was sometimes re-phrased in terms of the loss or deprivation of *utilitas*. Thus the definition of Cujacius, which was adopted by Gothofredus, is in essence still the Accursian definition:[61]

> Id quod interest est utilitas quae mihi abest quamve adipisci potui, nisi obstitisset adversarius. Vel utilitas, quae mihi obvenisset, si neque damnum datum neque lucrum interceptum fuisset.

Donellus says much the same but far more succinctly: *id quod nobis abest quodve lucrari possumus.*[62] The writers on Roman-Dutch law and the exponents of the German *usus modernus* contributed nothing new. Voet and Glück,[63] for example, define *interesse* in the familiar Accursian terms. The definition of Pothier is no more than a translation of Accursius' definition:[64] *la perte que quelqu'un a faite, et le gain qu'il a manqué de faire.*

The *Differenztheorie*, ie the theory which defines the recoverable loss as the difference between the plaintiff's present position in fact and what it would have been but for the commission of the wrong, is a product of nineteenth-century German scholarship. In the pre-nineteenth century literature the theory is nowhere mentioned, the single exception referred to above being Hotomanus in the sixteenth century whose definition of *interesse* is a complete anticipation of the *Differenztheorie.*[65] Yet his definition was passed over in silence by his contemporaries, ignored by later scholars and apparently had no influence on the development of the theory in the nineteenth century. The theory was advanced in incomplete form around the middle of the nineteenth century by several of the pandectists.[66] It was fully

---

[60]Baldus *add spec* 2 1 *de fructibus et interesse.*

[61]Cujacius *ad C* 47; Gothofredus *ad D* 19 1 1*pr.*

[62]*Ad C* 7 47 *cap* II.

[63]Voet 45 1 9; Glück *Pandekten* (Erlangen 1796) Bd IV 432.

[64]*Traité des obligations* § 159.

[65]*Disputatio de eo quod interest* n I: "Discrimen quod inter condictionem quae in re familiari alicuius vel antea fuit, vel omnino futura erat, et eam, quae nunc est, per alterius culpam contigit".

[66]For example, Puchta *Pandekten* 3 *Aufl* (Leipzig 1845) § 224; Arndts *Lehrbuch der Pandekten* 8 *Aufl* (Stuttgart 1874) § 206.

developed and comprehensively stated for the first time in 1855 by Friedrich Mommsen.[67]

The distinction between positive and negative interest is a refinement of the *Differenztheorie* as applied in the field of contractual damages. The comparison proceeds from different hypothetical situations: in the case of positive interest the hypothetical situation is that which would have existed if proper performance of the contract had taken place; in the case of negative interest the hypothetical position is that which would have existed if no contract had been concluded between the parties. In medieval legal theory with its passion for the sub-division of *interesse* the distinction between positive and negative interest is entirely absent. It was first fully recognized and stated in the now familiar form by Von Ihering.[68]

(b) The Division of Interesse

Two broad divisions of *interesse* dominate medieval legal theory: (i) a threefold division into *interesse commune*, *singulare* and *conventum*, and (ii) a twofold division into *interesse circa* (*intra*) *rem* and *extra rem*. The two groups together do not constitute a five-fold division of *interesse*. The threefold division relates to the manner of the assessment of the *interesse* while the twofold division relates to the question of what losses are recoverable.[69]

The threefold division is derived from *D* 9 2 33*pr* and *D* 35 2 63*pr*. It makes its appearance in the twelfth century with Placentinus who, however, applied it to *pretium* and not to *interesse*.[70] In the system of Placentinus only the *pretium singulare* is equivalent to *interesse* but Azo, misunderstanding Placentinus, applied the entire threefold division to *interesse*.[71] After Azo the division of *interesse* into the three categories was generally accepted but the precise significance of each category became the subject of endless dispute. In general it can be said that the *interesse conventum* was the agreed price (*pretium quod convenit*), *interesse commune* was the objective or market value of the *res* (*quantum res communiter valet*), while the *interesse singulare* exceeded the *interesse commune* by reason of a subjective, personal *affectio* of the plaintiff. Individual authors deviated from this general scheme and one should guard

---

[67] *Beiträge zum Obligationenrecht;* 2 *Abt Zur Lehre vom Interesse* (Braunschweig 1855) 3. The *Differenztheorie* was accorded statutory authority in § 249 of the German Civil Code (*BGB*): "Wer zum Schadensersatz verplichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verplichtende Umstand nicht eingetreten wäre".

[68] "Schadensersatz bei nichtigen Verträgen" in *Jahrbücher für Dogmatik* 4 (1861) 16 ff; also in *Gesammelte Aufsätze* (Jena 1881, repr Aalen 1969) Bd I 327 at 340: "Das interesse des Käufers lässt sich in unserm Verhältnis in doppelter Weise denken: Einmal nämlich als ein Interesse an der Aufrechthaltung des Contracts, also an der Erfüllung – hier würde der Käufer in einem Geldäquivalent alles erhalten, was er im Fall der Gültigkeit des Contracts gehabt haben würde – und sodann als ein Interesse am Nichtabschluss des Contracts – hier würde er erhalten, was er haben würde, wenn die äussere Thatsache des Contractsabschlusses gar nicht vorgekommen wäre. Einige Beispiele werden diesen Unterschied, den ich der Kürze wegen mit positivem und negativem Vertragsinteresse bezeichnen will, klar machen".

[69] Wieling *Interesse und Privatstrafe* 32 ff.

[70] *Summa Codicis* 7 50.

[71] *Summa Codicis* 7 47 n 1.

against the too ready assumption that all the writers used the terms in a universally accepted uniform sense. Two examples of such deviation will suffice. Durantis[72] used *interesse conventum* in the sense of a conventional penalty while Jacobus de Ravanis, as is pointed out below, excluded *affectio* from the *interesse singulare*.

Despite its central position in medieval legal theory, the threefold division was soon jettisoned. The first to reject it outright was the French commentator Jacobus de Ravanis[73] who stated emphatically, *dico quod non est nisi unum interesse*. He regarded *interesse singulare* as the only valid form of *interesse* and defined it as the *singularis utilitas*. In terms of the threefold division of *interesse* the assessment of damages was, on the one hand, restricted to the value of the *res* (*interesse commune*), and on the other hand extended to include consideration of the private *affectio* of the plaintiff. De Ravanis excluded *affectio* from his concept of *interesse singulare* and stressed that the damages are to be assessed neither by the objective standard of the value of the performance, nor by the subjective standard of the plaintiff's private *affectio*.

During the sixteenth century the threefold division is rejected by, *inter alios*, Cujacius,[74] Molinaeus[75] and Donellus.[76] Thereafter it loses whatever significance it might have had and virtually disappears from legal literature. The *interesse singulare*, in the sense as defined by Jacobus de Ravanis, is usually preferred as being the only proper form of *interesse*. Certain authors, for example Donellus[77] and Voet,[78] prefer the *interesse commune* but then not in the medieval sense of the objective or market value of the *res*. *Commune* in their terminology means that the monetary value of the plaintiff's loss is to be assessed by a general norm and not according to the personal *affectio* (sentiment) of the plaintiff.

(c) The Limitation of Interesse and C 7 47

The twofold division of *interesse* into *interesse circa* (*intra*) *rem* and *interesse extra rem* is derived from *D* 19 1 21 3 and appears for the first time in the middle of the twelfth century in the *Summa Trecensis*.[79] After Azo the division was generally accepted and up to the sixteenth century it featured prominently in all discussions of damages. With the glossators and their

---

[72] *Spec* 2 3 *de fructibus et interesse* 4 § *nunc*. In his *Law of Contract* II §§ 3189–3210 Wessels discusses the medieval terms and, for example, equates *damnum commune* with general damages and *damnum singulare* with special damages. Since the terms display various shades of meaning in the writings of the different commentators, great care should be taken to determine what meaning each commentator assigns to the various terms. Equating the medieval terms with modern terms, and especially with terms of English origin, should rather be avoided. See also Weeramantry *The Law of Contracts* (Colombo 1967) II §§ 925, 926 and 928.

[73] *C* 7 47 1 un fol CCCLVII.

[74] *ad C* 7 47.

[75] *Tractatus de eo quod interest* § 12.

[76] *ad C* 7 47 *cap* III.

[77] *ibid*.

[78] 9 2 6.

[79] 7 31 2.

immediate successors the *interesse circa* (*intra*) *rem*, also termed the *interesse intrinsecum*, usually denoted compensation for direct or immediate loss while the *interesse extra rem* (*extrinsecum*) denoted compensation for consequential loss. The problem of the dividing line between the two forms of *interesse* was solved by a purely mechanical formula. On the basis of *D* 19 1 21 3 and *D* 19 1 13*pr* the glossators distinguished between *non factum* and *malefactum*. In the case of a *non factum*, for example failure to effect delivery of the *merx*, only the *interesse circa rem* was recoverable. In the case of a *malefactum*, for example delivery of a defective *merx*, the plaintiff was entitled to the full *interesse extra rem*.[80] This distinction was justified by Accursius on the moral ground that *peius est male tradere quam omnino non tradere*.[81] In delict, a *malefactum*, the *interesse extra rem* was regularly awarded.

The twofold division of *interesse* was abandoned only in the nineteenth century when the *Differenztheorie* rendered the sub-division of *interesse* superfluous. However, the division seems to have lost much of its significance already during the sixteenth century and it is treated superficially by the seventeenth- and eighteenth century German and Dutch scholars. Later writers generally adhere to the medieval scheme though variations on points of detail are sometimes introduced. A variation which gained wide currency in the German *usus modernus* was the equation of *interesse extra rem* and *lucrum cessans*.[82] Another popular variant was the award of the *interesse extra rem* only in the case of fraud.[83] The most important development stemming from the twofold division of *interesse* can be traced to Contius[84] and Donellus[85] in the sixteenth century who, for the first time, sought the criterion for distinguising between recoverable and non-recoverable loss in causation. Donellus, closely following the reasoning of Contius, held that there is only one form of recoverable *interesse*, the *interesse circa rem*. Both Contius and Donellus require a causal link between act and loss in order to render the loss recoverable, ie the act must have been *condicio sine qua non* of the loss. The causal link is not established if the lost benefit could have been derived from a source other than the performance due under the contract (*haec ipsa utilitas . . . nec quaeritur aliunde*). This distinction between recoverable and non-recoverable loss with causation as the distinguising element underlies the theory of adequate cause which was fully developed in Germany during the nineteenth century.[86]

No treatise on damages has perhaps had a more profound influence on the development of the law of damages than the *Tractatus de eo quod interest*

---

[80]Eg Accursius gloss *dupli ad C* 7 47: "et dictum commune (interesse) si petatur, quia res non traditur, non consideratur extra rem, ut *D* 19 1 21 3. Si autem quia male traditur . . . totum petitur, et extra rem, ut *D* 19 1 13*pr*".

[81]Gloss *non servorum ad D* 19 1 21 3.

[82]Eg Gail *De Pignoribus* 17 n 5 bound with his *Practicarum observationum . . . libri duo* (Coloniae 1626).

[83]Eg Huber *Praelectiones iuris civilis* 2 13 3 n 11; Glück *Pandekten* Bd IV 447.

[84]*Scholiae in C* 7 47; the *Opera Omnia* of Contius were first published at Paris in 1616.

[85]*ad C* 7 47 *cap* XI.

[86]In particular by J von Kries "Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben" in *Vierteljahreschrift für wissenschaftliche Philosophie* 12 (1888) 179–240; 287–323; 393–428.

of Molinaeus.[87] The treatise takes the form of a commentary on *C* 7 47, for centuries the *locus ordinarius* of the doctrine of *interesse*. The *constitutio* poses a number of insoluble problems which were for centuries debated at great length. The principal problems arise from its main provision, viz that in *casus, qui certam habent quantitatem vel naturam* the damages are not to exceed the *quantitas dupli*. What is a *casus certus* and what is the *simplum* underlying the *duplum* which cannot be exceeded?

In his exposition of *C* 7 47 Molinaeus propounded a theory which has, through Domat and Pothier, become the foundation of the French law of damages and which has partially found its way into English and South African law. His argument, in brief, is as follows: In terms of *C* 7 47 the damages cannot exceed the amount of the *duplum* in *casus certus*. A *casus certus* is one which has a *certa quantitas vel natura*. A thing has a *certa quantitas* if it has a fixed and determined weight, number or measure. It has a *certa natura* if it forms in itself an integral unit capable of valuation by a general standard. Whether a *casus* has a *certa quantitas vel natura* is determined by the object or content of the primary obligation. If this is *certa*, the value thereof constitutes the *simplum* and the amount of damages cannot exceed double this value. A *casus incertus*, on the other hand, has no *certa quantitas vel natura*; it is a *casus* which contains no obligation other than the obligation to pay damages.[88] In *casus incertus* the damages are not subject to any limitation except that the amount must be assessed with moderation in keeping with the equitable spirit which underlies *C* 7 47. The limit of the *duplum* does not apply in the case of delict which is a *casus incertus*,[89] nor does it apply in the case of fraud – he who commits fraud is liable to compensate all loss.[90]

Molinaeus finds the justification for the *duplum*-limit in foreseeability. He states that it is inequitable that the amount of the damages should exceed the value of the primary performance: such damages were not foreseen nor within the contemplation of the parties at the time the contract was entered into. Only where the parties in fact foresaw or contemplated the risk of further loss can the limit be exceeded.[91] The seller of a defective vase, for example, is liable for the loss of the liquid that leaks out because the possibility of leakage is naturally foreseeable and it is assumed that the seller has tacitly undertaken to accept liability for the additional risk.[92] This is also the basis of the liability of manufacturers and merchants: as experts they can foresee the possibility of additional loss and are therefore assumed to have tacitly warranted the quality of their goods and to have accepted liability for losses which exceed the value of the original performance.[93] A person who commits fraud is liable for all damages, including unforeseen and

---

[87]Published at Paris in 1546 and reprinted in the various editions of his *Opera Omnia*. After his conversion to Protestantism his works were placed on the *Index* and some, including the *Tractatus de eo quod interest*, were reprinted under the pseudonymn Gaspar Caballinus de Cingulo.

[88]*Tractatus de eo quod interest* § 42 and 47.

[89]§ 154.

[90]§ 155–156.

[91]§ 60.

[92]§ 49.

[93]§ 51 ff.

unexpected losses on the ground that fraud brings a new obligation to pay damages into being. This new obligation is a *casus incertus* and the defendant is accordingly liable to compensate the plaintiff for his full loss.[94]

The views of Domat and Pothier on the recoverability of damages are based mainly on Molinaeus's treatise.[95] Though they do not regard *C* 7 47 as forming part of the law of their own times, they accept the principle on which it is founded

> "of not allowing a debtor who is free from the imputation of any fraud to be charged with damages and interests resulting from the non-performance of his obligation, beyond the sum to which at the utmost they might be expected to amount, being founded upon reason and natural equity.[96]

Pothier endorses the view of Molinaeus that only compensation for losses foreseeable at the time of the conclusion of the contract is recoverable, but that fraud creates a new obligation which entitles the plaintiff to recover his full loss.[97] Pothier, like Molinaeus, holds the manufacturer and the merchant-seller liable for all losses caused by defects in the *merx* on the ground that such losses are foreseeable by an expert.[98]

While in France the artificial limitation of damages imposed by *C* 7 47 was rejected in the seventeenth century, in Germany and Holland the rule remained in force until its abolition in the German and Dutch civil codes. The continued validity of the rule was generally accepted by the pandectists.[99] The first step towards abolition of the rule in Germany was taken in § 203 of the Commercial Code of 1869 which provided that a plaintiff was entitled to recover compensation for all damages suffered, including loss of profits. Dernburg[100] argued that the rule had been rendered inoperative by § 260 of the Imperial Civil Procedure Code (*ZPO*), but this view was rejected by both Windscheid-Kipp[101] and the Reichsgericht.[102]

(*to be continued*)

There is not a single branch of English law which does not, to a considerable degree, find both its origin and its force in the moral convictions of the English people.

English Law and the Moral Law London 1953

---

[94] § 155–156.

[95] Domat *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (Paris 1745) 3 5; Pothier *Traité des obligations* §§ 159 ff. The views of Domat and Pothier directly underlie §§ 1150 and 1151 of the *Code Civil*.

[96] *Traité des obligations* § 164 (quoted in the translation of W D Evans Philadelphia 1802); see also his *Contrat de Louage* § 69 (English translation by G A Mulligan *Pothier's Treatise on the Contract of Letting and Hiring* (Durban 1953)).

[97] *Traité des obligations* § 160 166 168.

[98] § 165.

[99] See for example Vangerow *Lehrbuch der Pandekten* (Marburg/Leipzig 1847) Bd III 55.

[100] *Pandekten* 5 *Aufl* (Berlin 1896) Bd II 129.

[101] *Lehrbuch des Pandektenrechts* 9 *Aufl* (Frankfurt 1906) § 259 n 9.

[102] *RGZ* 10 193 (11 December 1883); in *RGZ* 4 181 (27 May 1881) the members of the court could not reach unanimity on the question what the *simplum* is which underlies *duplum*. *C* 7 47 was abolished in Germany by § 249 of the Civil Code (*BGB*).

Hedendaagse Calvinistiese en Roomskatolieke Natuurregsteoriee

JD van der Vyver

Potchefstroomse Universiteit vir CHO

(*Slot*)*

2 **Dit bring ons by Jacques Maritain** (1882–)

Hoewel Maritain se menseregteteorie nie soseer deur die vredespogings tydens en na die tweede wêreldoorlog geïnspireer is nie,[80] maar eerder 'n uitvloeisel is van sy Thomistiese lewens- en wêreldbeskouing, het hy hom nogtans intiem vereenselwig met die internasionale veldtog, onder leiding van die VV, vir wêreldwye waarborge van sekere menseregte. Dit spreek boekdele dat juis hy die "Inleiding" geskryf het vir 'n versamelwerk onder die opskrif: *Human Rights* wat in 1949 onder vaandel van Unesco uitgegee is. In daardie "Inleiding" probeer hy die weg baan vir 'n universele deklarasie van menseregte met die veronderstelling dat 'n bloot pragmatiese inventaris van menseregte wel met eenstemmigheid saamgeflans kan word deur mense wat hulle op verskillende wysgerige standpunte stel. Filosofiese oortuigings laat hulle geld en skep meningsverskil, sê hy, as dit op die teoretiese interpretasie en regverdiging van die getabuleerde menseregte aankom.[81]

Maritain verdeel die eksponente van die leerstuk van menseregte in twee groepe: diegene wat die bestaan van 'n natuurreg as basis van menseregte aanvaar en diegene wat die bestaan van 'n natuurreg verwerp.[82] Soos reeds gemeld, fundeer hyself sy menseregteteorie op 'n natuurregsleer: "This true philosophy of the rights of the human person is based upon the true idea of natural law, regarded as an ontological perspective and as conveying through the essential structures and exigencies of created nature the wisdom of the Author of Being."[83] Hy vind dus aansluiting by die eersgenoemde groep en gaan derhalwe van 'n uitgangspunt uit wat hy soos volg saamvat: ". . . the requirements of his being endow man with certain fundamental and inalienable rights antecedent in nature, and superior, to society, and are the source whence social life itself, with the duties and rights which that

---

*Sien 1975 *THRHR* 66.

[80]Die eerste uitgawe van sy *Les droits de l'homme et la loi naturelle* (Paris 1945) waarin hy 'n kostelike sisteem van menseregte aangee, het reeds in 1942 verskyn.

[81]Sien "Introduction" *Human Rights, comments and interpretations, a symposium edited by Unesco* (London/New York 1949) 11 ev. Sien ook "On the philosophy of human rights" in dieselfde simposium opgeneem 72; *Man and the state* (London 1954) 69.

[82]"Introduction" 13.

[83]*Man and the state* 76.

implies, originates and develops."[84] In een van sy werke verklaar hy in dieselfde naturalisties-antroposentriese sin: "Die Welt der Freiheit setzt notwendig die Welt der Natur voraus";[85] dit wil sê "vryheid" in die Thomistiese sin van "das Eigentümliche einer bestimmten *Natur*, eben der vernünftigen oder intellektuellen Natur"[86] en "natuur" "metaphysisch und vor allem als Natur eines mit Verstand und Willen begabten Wesens verstanden."[87] Hy distansieer hom in besonder van die agtiende-eeuse menseregteteorie wat die individu vergoddelik en sy regte gelykgestel het aan die absolute en onbeperkte regte van 'n god.[88]

Die natuurreg waaraan Maritain sy sisteem van menseregte oriënteer, weerspieël dus wel nie die individualisme nie maar gaan nietemin van die redelike natuur van die mens uit. In dié verband verklaar Coertzen: "Dit blyk dat sy (Maritain se) beskouing oor die mens tog ook die ondertoon vorm van sy beskouing oor die natuurwet.[89] Die vraag ontstaan of ons nie ten diepste hier ook maar net 'n humanistiese kyk op die natuurwet het nie."[90]

Die antropos op wie se natuur Maritain die natuurreg fundeer, is een met intelligensie en verstand ("understanding"), wat vir homself die doeleindes bepaal wat hy nastreef en wat geroepe is om homself in te stem vir die doeleindes wat sy natuur verg.[91] Hierdie eienskappe is dieselfde by alle mense.[92] Die ongeskrewe natuurreg is meer bepaald "an order or disposition which human reason can discover and according to which the human will must act in order to attune itself to the essential and necessary ends of the human being."[93]

Maritain fundeer die natuurreg op die *lex aeterna* in Thomistiese sin: "Natural law is law only because it is a participation in the Eternal Law."[94] Eweneens op die voetspoor van Thomas van Aquino maak hy melding van 'n verband tussen die positiewe reg as kontingente voorskrifte van die gewoonte- en statutereg en die "first principles" waarop die natuurreg en die

---

[84]"Introduction" 13.

[85]*Gesellschaftsordnung und Freiheit* (Luzern 1936) 10. Vgl ook a w 14 waar hy praat van "[d]iesen metaphysischen Primat der Natur über die Freiheit."

[86]a w 10–1.

[87]a w 10.

[88]*Human rights* 73; *Man and the state* 75–6. Vgl ook *Scholasticism and politics* (London 1940) 84 waar hy die valse ("individualistiese") demokrasie van Rousseau teenoor 'n ware demokrasie van die Christendom, "demanding that human nature should be super-elevated in its proper order, in the order of the movement of civilization, through the action of this Christian ferment", stel.

[89]Lees hier en verder in die sitaat eerder "natuurreg" in plaas van "natuurwet".

[90]*Jacques Maritain as Thomis, met besondere verwysing na sy antropologie en staatsfilosofie* ongepubliseerde MA-verhandeling PU vir CHO (1969) 180.

[91]*Man and the state* 77–8.

[92]*ibid.*

[93]a w 78. Vgl. ook *Les droits de l'homme* 64 waar hy die natuurreg 'n ongeskrewe morele wet ("loi non écrite") noem, wat deur die menslike rede gevind kan word, "un ordre ou une disposition que la raison humaine peut découvrir et selon laquelle la volonté humaine droit agir pour s'accorder aux fins nécessaires de l'être humaine. La loi non écrite ou le droit naturel n'est pas autre chose que cela."

[94]*Man and the state* 87.

ius gentium betrekking het.[95] Dit blyk uit sy verdere verduideliking van die natuurreg[96] dat hy, steeds in tipies Thomistiese trant, 'n sintese met die Aristoteliese hylemorphisme[97] aanknoop. Elke ding (stof, plant, dier en mens), sê hy, het sy eie natuurreg wat saamhang met die ding se wesenlike essensie en wat Maritain gelykstel aan "the *normality of its functioning*."[98] Aangesien die mens, anders as stof, plant en dier, vry is om die wet wat vir hom geld, te gehoorsaam of om wetsongehoorsaam te wees, impliseer die natuurreg in sy geval 'n morele verpligting en neem dit die vorm aan van 'n morele wet.

Die natuurreg het 'n ontologiese en 'n gnoseologiese aspek. Na sy ontologiese aspek[99] is dit "an *ideal order*[100] relating to human actions, a watershed between the fitting and the unfitting, the proper and the improper, which appertains to our human nature or essence and the unchanging necessities that are rooted in it";[101] dit is "l'ensemble des choses à faire et à ne pas faire qui suivent de là d'une manière nécessaire et du seul fait que l'homme est homme en l'absence de toute autre consideration."[102] Die gnoseologiese aspek slaan op die kenbaarheid van die natuurreg.[103] Maritain betoog dat die natuurreg deur middel van inklinasie ("inclination")[104] geken word;[105] en deur dit aldus te ken, positiveer ("promulgate") die mens die natuurreg. Kennis en dus promulgasie verloop progressief[106] en aldus word die natuurreg histories gevorm vanaf die mees basiese be-

---

[95]Sien a w 90 waar hy verder ook meld dat die *ius gentium* en die positiewe reg hulle gelding aan die natuurreg ontleen: "For it is *natural law itself which requires that whatever it leaves undetermined shall subsequently be determined.*"

[96]Sien hieroor a w 78 e v.

[97]Sien hieroor Van der Vyver "Aristotelés" 228–9.

[98]Die verwantskap van sy betoog aan die Aristoteliese konsep van die potensies in elke ding wat o l v die vorm geaktualiseer word, moet nie ongemerk verbygaan nie.

[99]Sien hieroor *Man and the state* 77–81.

[100]In a w 80–1 verduidelik hy: "It (die natuurreg) is something *ideal*, because it is grounded on the human essence and its unchangeable structure and the intelligible necessities it involves."

[101]a w 80.

[102]*Les droits de l'homme* 65–6.

[103]Sien hieroor *Man and the state* 81–5.

[104]Hy sê in a w 82–3 hiervan: "That kind of knowledge is not clear knowledge through concepts and conceptual judgments; it is obscure, unsystematic, vital knowledge by connaturality or affinity, in which the intellect, in order to form its judgment, consults and listens to the inner melody that the vibrating strings of abiding tendencies awaken in us." Vgl ook a w 85: ". . . our knowledge of it (die natuurreg) is no work of free conceptualization, but results from a conceptualization *bound* to the essential inclinations of being, of living nature, of reason, which are at work in man, and because it develops in proportion to the degree of moral experience and self-reflection, and of social experience also, of which man is capable in the various stages of his history."

[105]Hy onderskei die natuurreg en *ius gentium* van mekaar met die oog op die verskillende wyses waarop hulle geken word. Terwyl 'n mens die natuurreg deur middel van inklinasie ken, ken jy die *ius gentium* "through the *conceptual exercise of reason*", dus "through rational knowledge" (a w 89). Die positiewe reg word weer voorgeskryf deur "the reason and the will of man when they institute the laws or mould the customs of a particular society." (a w 90).

[106]Vgl ook *Les droits de l'homme* 58 e v. Hy verklaar op 60 dat die natuurreg tot volkomenheid sal ontdooi wanneer die Evangelie tot die wortel van die menslike substansie deurgedring het.

ginsels van die morele lewe tot die meer gekompliseerde eise van die moderne geïndustrialiseerde samelewings. Die natuurregsbeginsels is, "in themselves or in the nature of things", universeel en onveranderlik,[107] hoewel kennis van die natuurreg tyd- en plekgebonde is. Die idee van menseregte het in die gnostiese evolusieproses gedurende die agtiende eeu bekend en dus gepromulgeer geraak.[108]

In die verbygaan kan daarop gewys word dat Maritain se standpunt aangaande die toenemende kennis van die natuurreg nie strook met die tradisionele natuurregsleer nie, "volgens welke dit recht universeel is en te allen tijde door de mens gekend kan worden."[109] Dit geld ook vir die daarmee gepaardgaande gedagte van 'n "gepromulgeerde" natuurreg.

Die beginsel dat 'n mens die goeie moet doen en die kwade moet vermy, is volgens Maritain die *praeambula* van die natuurreg. Hierdie beginsel is self nie natuurreg nie: die natuurreg is die somtotaal van die dinge wat 'n mens moet doen of nalaat wat noodwendig uit die gemelde *praeambula* voortvloei.[110] Op een plek stel hy dit soos volg: ". . . *natural law* deals with the rights and the duties which are connected in a necessary manner with the first principle: 'Do good and avoid evil.'"[111]

Maritain se menseregteteorie sluit by sy natuurregsleer aan.[112] Dit geld eerstens vir die teosentriese fundering van die natuurreg: ". . . every right possessed by man", sê hy naamlik "is his by virtue of the right possessed by God, Who is pure Justice, to see the order of His wisdom in created things respected, obeyed, and loved by every intelligence."[113] Die verwantskap tussen die natuurreg en menseregte geld in die tweede plek ook vir die progressie en relativiteit van die mens se kennis van die menseregte.[114] Die regte is wel dáár en word nie deur die gemeenskap ("civil community") verleen nie, maar moet bloot erken en afgedwing word "as universally valid".[115] Maar juis omdat kennis en erkenning van die menseregte progressief ontwikkel, sal geen deklarasie van menseregte volgens Maritain ooit volledig en finaal wees nie: "It will ever go hand-in-hand with the state of moral consciousness and civilisation at a given moment in history."[116]

---

[107] *Man and the state* 89.

[108] a w 85.

[109] Hommes *Natuurrecht* 185.

[110] *Man and the state* 81; *Le droit de l'homme* 65–6.

[111] *Man and the state* 89.

[112] a w 86–7: "It is because we are caught up in the meshes of the universal order, in the laws and regulations of the cosmos and of the immense family of created essences (and finally in the order of creative wisdom), and because we have at the same time the privilege of sharing in spiritual nature, that we possess rights vis-à-vis other men and all the universe of creatures."

[113] a w 87.

[114] Sien a w 93–4 waar Maritain ook waarsku teen die geneigdheid om die ouer bekende regte te verabsoluteer en hulle as absolute, grenslose en onbeperkte regte te beskou, "thus blinding ourselves to any other rights which would counterbalance them."

[115] *Human Rights* 75–6.

[116] a w 74. Vgl ook *Man and the state* 87–8.

Aangaande die menseregte in die algemeen verdien enkele besondere insigte van Maritain vervolgens aandag.

Eerstens moet die aandag gevestig word op sy oortuiging dat die menseregte, of ten minste sommige daarvan, nie absoluut van aard is nie. Hy praat op een plek in die algemeen van die een reg wat deur 'n ander begrens ("counterbalance") word;[117] en elders onderskei hy tussen menseregte wat 'n "prime necessity" van die natuurreg bevredig en regte wat bloot 'n "secondary necessity" bevredig en daarom "merely desirable" is.[118] Sy bedoeling word duideliker waar hy uiteindelik die menseregte, met die oog op hulle graad van absoluutheid, in drie kategorieë verdeel.[119] Die eerste groep menseregte beantwoord aan "an absolute requirement of the natural law." Hierdie regte is blykbaar absoluut en sluit die reg om te bestaan en op gewetensvryheid in. 'n Tweede groep menseregte spruit voort uit die redelik kenbare *ius gentium* en word in hulle toepassing getemper deur die positiewe reg ("human law") en die vereistes van " 'common use' or the common good." Daaronder kry 'n mens die aanspraak op eiendomsreg en die reg om te werk. Dan is daar ook nog 'n groep menseregte waaronder persvryheid, die vryheid van spraak en die vryheid om met ander te assosieer wat voldoen aan die eise van die natuurreg en wat wel deur die positiewe reg erken word, maar met beperkinge wat deur die "common good" bepaal word. "The last types of liberty", sê Maritain, "cannot be erected into absolute rights, but constitute rights (conditioned by the common good) which any society that has attained a condition of political justice is required to recognise."[120] In *Man and the state* vat hy dit alles soos volg saam:

> ". . . human rights have an intrinsic relation to the common good. Some of them, like the right to existence or to the pursuit of happiness, are of such a kind that the common good would be imperilled if the body politic could restrict in any measure the possession men naturally have of these rights. We may say they are absolutely inalienable. Others, like the right of association or of free speech, are of such a kind that the common good would be imperilled if the body politic could not restrict in some measure the possession that men naturally have of them. We may say that they are inalienable only in substance."[121]

Indien die menseregte almal absoluut onvoorwaardelik en sonder beperkinge gegeld het, sê hy verder, sou dit in die geval van 'n onderlinge botsing totaal onmoontlik gewees het om die menseregte met mekaar te versoen.[122]

Maritain betoog daarom dat selfs die absoluut onvervreembare regte ingeperk kan word.[123] Om hierdie oënskynlike teenstrydigheid te verklaar, onderskei hy tussen die besit en die uitoefening van 'n reg.[124] Die bedoelde

---

[117] *Man and the state* 94. Vgl ook a w 96 en *Introduction* 15. "It is only normal that . . . the rights of man as a social animal, cannot take their place in human history without some restriction upon the freedom and rights of man as an individual."
[118] *Introduction* 13.
[119] *Human rights* 74.
[120] *ibid.*
[121] 92.
[122] *Man and the state* 96.
[123] a w 92.
[124] a w 92–3; *Introduction* 15.

regte bly van krag maar die bevoegdhede wat daaruit voortspruit, dus die uitoefening van daardie regte, kan onderworpe gestel word aan voorwaardes en beperkinge, welke voorwaardes en beperkinge deur die geregtigheid gedikteer word. Maritain sê in dié verband:

> ". . . it is fitting at times, in the movement of history, to forego the exercise of certain rights which we nevertheless continue to possess."[125]

Afgesien van die beperkinge van 'n persoon se menseregte wat uit die regte van ander persone voortspruit,[126] maak Maritain in besonder melding van die noodsaak om die menseregte met korrelate pligte te paar.[127] 'n Deklarasie van menseregte, sê hy, moet ook gewag maak van die mens se verpligtinge en verantwoordelikhede teenoor die gemeenskappe waartoe hy behoort, veral die familie, die burgerlike samelewing en die internasionale gemeenskap. Op hierdie wyse word vryheid beskerm teen diegene wat vryheid gebruik ten einde dit te vernietig.

Sonder om self daaroor finaal standpunt in te neem, betoog Maritain ten slotte vir 'n hiërargie van waardes wat die menseregte betref: "Everything depends upon the supreme value in accordance with which all these rights will be ordered and will mutually limit each other."[128] Wat sy eie voorkeure in dié verband betref, sluit hy in die breë aan by "the advocates of a personalist type of society" wat "the mark of human dignity" vooropstel.[129]

Dit bring ons ten slotte by die sisteem van menseregte wat Maritain aan ons voorhou. Hy maak in sy verskillende werke telkens gewag van verskeie soorte menseregte.[130] Vir die doeleindes hiervan word volstaan met die onderskeid wat Maritain in *Les droits de l'homme et la loi naturelle* maak tussen die regte van die mens as sodanig, die regte van die mens as burger en die regte van die mens as sosiale persoonlikheid, meer bepaald as arbeider.[131]

Die *regte van die mens as sodanig* behels die volgende: die reg op bestaan; die reg op persoonlike vryheid, dit is die reg om jou as meester van jouself maar met verantwoordelikheid teenoor God en teenoor die reg van die gemeenskap te gedra; die reg om die perfeksie van 'n rasionele en morele menslike lewe na te jaag; die reg om die ewige lewe na te jaag soos wat jou gewete die weg wat God daarvoor aanwys, beskou; die reg van die kerk[132]

---

[125]*Man and the state* 93.
[126]a w 94 en 96; *Introduction* 15.
[127]*Human rights* 76–7.
[128]*Man and the state* 97. Vgl ook *Introduction* 15 en 17.
[129]*Man and the state* 97. Vgl ook *True humanism* (London 1954) 6th ed 123 waar hy 'n personalistiese samelewing beskryf as een wat as essensie van die gemeenskapsbelang die "supra-temporal ends of the human person" respekteer en dien.
[130]Sien bv *Introduction* 14, waar hy van nuut ontdekte ekonomiese en sosiale regte praat; *Man and the state* 91–2, waar hy onderskei tussen regte wat by die natuurreg tuis hoort, regte wat by die *ius gentium* tuis hoort, regte wat as vereiste van die *ius gentium* deur die positiewe reg volbring moet word en regte wat voortspruit uit die positiewe reg; en a w 94–5, waar hy onderskei tussen die regte van die mens as mens, as burger en as sosiale persoonlikheid.
[131]110–3.
[132]Dit slaan klaarblyklik op die Rooms-Katolieke Kerk.

en ander godsdienstige families om hulle geestelike aktiwiteite vryelik te beoefen; die reg om 'n godsdienstige roeping te vervul (amp te beklee); vryheid van godsdienstige ordes en groepe; die reg om te trou met die persoon van jou eie keuse en 'n familie tot stand te bring; die reg om met jou familie om te gaan en op respek vir jou familie-instelling; die reg op liggaamlike integriteit; die reg op eiendom; kortom, die reg van elke mens om soos 'n persoon, en nie soos 'n saak nie, behandel te word.

Die *regte van die mens as burger* het die volgende om die lyf: die reg van elke burger om aktief aan die politieke lewe deel te neem en in besonder die aanspraak op gelyke stemreg; die reg van die volk om die grondwet van hulle burgerlike samelewing vas te stel en hulle regeringsvorm te bepaal; die reg om met andere om te gaan (reg om te assosieer), welke reg alleen deur die regtens erkende noodsaaklike eise van die gemeenskapsbelang beperk word en waarby in besonder die reg om politieke partye en groepe te vorm, ingesluit is; die vryheid van spraak (die reg op 'n vrye ondersoek en bespreking); politieke gelykheid en die gelyke reg van elke burger op sy veiligheid en sy vryhede in die staat; die gelyke reg van elkeen op die waarborge van 'n onafhanklike regsprekende gesag; gelyke geleentheid om 'n staatsdiensbetrekking te bekom en vrye toegang tot die verskillende professies.

Die *regte van die mens as sosiale persoonlikheid en meer bepaald as arbeider* sluit die volgende in: die reg om vryelik 'n betrekking te kies; die reg om vryelik professionele groepe en vakverenigings te vorm; die reg van die arbeider om sosiaal soos 'n volwassene behandel te word; die reg van ekonomiese groepe, soos vakunies en werksgemeenskappe, en van ander sosiale groepe om vry en outonoom op te tree; die reg op 'n regverdige loon en, vir geval 'n sosialistiese stelsel in die plek van die loonstelsel gestel word, die aanspraak op mede-eiendomsreg en deelname aan die bestuur van die onderneming; die reg op bystand van die gemeenskap in geval van gebrek en werkloosheid, siekte en hoë ouderdom; die reg om sonder betaling deel te hê aan die materiële en geestelike goedere van die beskawing ooreenkomstig die potensies van die gemeenskap.

Calvinistiese natuurregsteorieë: In protestantse kringe geniet die natuurregsleer miskien 'n mindere mate van aanhang as wat in die Rooms-Katolieke invloedsfeer die geval is, maar daar kan nietemin 'n indrukwekkende lys met aansienlike name opgestel word van protestantse skrywers wat die een of ander vorm van natuurreg aanhang. Eintlik verkies Calviniste om die term "natuurreg" te vermy aangesien dit onder oorbelaste betekenismomente gebuk gaan. Maar die idee van bo-willekeurige vóór-positiewe beginsels en die oortuiging dat positiewe reg nie willekeurig deur die staatsowerheid gevorm kan word nie, hoort tot die essensie van die Calvinistiese regsleer.

'n Mens sou in die onderhawige verband die naam kon noem van die middeleeuse Calvinis, Johannes Althusius (1557–1638) wat deur Dooyeweerd gekrediteer word met "the first modern formulation of the principle of internal sphere-sovereignty in the societal relationship".[133] en wat deur

---

[133] *A new critique of theoretical thought* (Amsterdam/Philadelphia 1953–8) 3 663. Vgl ook *De strijd om het souvereiniteitsbegrip in de moderne rechts- en staatsleer* (Amsterdam 1950)

Gierke beskou word as die vader van die leerstuk van die sosiale verdrag.[134] Althusius het hom verset teen die absolutistiese soewereiniteitsbegrip van Bodin (1530–1597) en het geleer dat die staatsgesag altyd beperk moet word deur die belange van die volk wat volgens hom die eintlike soewerein en meester is.[135] Dan is daar die Lutheraan, Friedrich Julius Stahl (1802–1861) wat groot invloed uitgeoefen het op Guillaume Groen van Pinsterer (1801-1876) wat algemeen beskou word as een van die vernaamste boumeesters van die moderne Calvinisme.[136] Stahl het onder meer geleer dat daar bokant die staat 'n hoëre mag is, wat hy "die sittliche und natürliche, tiefer aufgefaszt die göttliche Ordnung der Dinge" noem en waarvan hy die volgende sê: "Dieser höheren Ordnung zufolge sind sowohl der Mensch in seiner Persönlichkeit (angeborenem Recht) und in seinen erworbenen Rechten, als die anderen Gemeinschaften und vor Allem die Kirche berechtigte Subjekte, in deren Sphäre der Staat ohne Unrecht nicht eingreifen kann."[137] Van die hedendaagse protestantse skrywers kan die naam van Emil Brunner (1889–1966) genoem word wat, in aansluiting by die protestantse tradisie van Luther en Calvyn, sekere "Freiheitsrechte" onderskei wat onder alle omstandighede aan die mens toekom en deur elke gemeenskap beskerm behoort te word.[138]

Hier word vervolgens in meer besonderhede aandag gegee aan die toepaslike leerstellinge van Dooyeweerd, vader van die *Wysbegeerte van die Wetsidee*, Hommes, wat Dooyeweerd opgevolg het aan die Vrije Universiteit van Amsterdam, en Stoker, vader van die *Wysbegeerte van die Skeppingsidee*.

1 In 'n (ongedateerde) jeuggeskrif van Herman Dooyeweerd (1895–) getitel *Calvinisme en Natuurrecht* soek die skrywer vir sy eie beskouing oor 'n natuurreg aansluiting by 'n wetsidee wat hy van sekere uitlatings van Calvyn aflei en wat hy beskryf as "die van Goddelijke ordening, ordinantie van al het geschapene overeenkomstig de voor onze rede onkenbare eenheid van het einheitlich providentieel wereldplan."[139] Op hierdie grondslag onderskei Dooyeweerd twee soorte natuurreg wat hy onderskeidelik die primêre en politiese natuurreg noem.

Die primêre natuurreg is gelyk aan die struktuurwet van die reg en

---

7–8. Dooyeweerd verwys na Althusius se *Politica methodicé digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata* 3e Aufl Herborn 1614 (Aalen 1964) 1 19, waar Althusius beklemtoon dat elke samelewingskring sy eie tipiese wette het, welke wette van samelewingskring tot samelewingskring verskil na gelang van die eie aard van die betrokke samelewingskring.

[134] *Johannes Althusius* (Breslau 1880) 76.

[135] Vgl sy *Politica* 18, 28 tot 46; 18, 105 en 106; 19, 2 e v; 38, 121 e v; 38, 128 tot 130.

[136] Van Pinsterer is die eerste persoon wat die term "souvereiniteit in eigen sfeer" gebruik het, naamlik in *Ter nagedachtenis van Stahl* (Amsterdam 1862) 30–1 om die plek van die kerk t o v die staat af te baken.

[137] *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung* 3e Aufl (Heidelberg 1854–6) 2 2 1 41.

[138] *Gerechtigkeit, eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung* (Zürich 1943) 64–76.

[139] *Calvinisme en natuurrecht* (Amersfoort ongedateer) 13. Vgl ook a w 14: "Calvijn's wetsidee grondt hare eenheid in de voor de rede onkenbare providentie Gods, die alles volgens Zijn raadsbesluit heeft verordend en ook alles tot ons heil en tot verheerlijking Zijns naams leidt."

regsbegrippe, die wet ingevolge waarvan die reg en regsfigure is wat hulle is.[140] Dooyeweerd omskryf die primêre natuurreg soos volg:

> "d.i. de natuur van het positieve recht of het geheel der wezenseigenschappen, die iedere rechtsorde qua talis aan moet wijzen, zal zij op den naam van recht aanspraak kunnen maken. In dezen zin geeft het natuurrecht niet den toets voor een beoordeling der positieve rechtsnormen naar richtigheid of onrichtigheid.[141] Het primaire natuurrecht druk slechts uit, wat het onveranderlijke wezen van iedere rechtsorde is naar de goddelijke ordinantie, die onafhankelijk is van onzen wil."[142]

Kortom, die reg het 'n bepaalde struktuur waaraan 'n norm moet voldoen om as regsreël te kan geld. Net so het eiendom, kontrak, delik, skuld, straf, statuut, verordening, en so meer elkeen 'n bepaalde struktuur wat dit as eiendom, kontrak, delik, skuld, straf, statuut of verordening (respektiewelik) laat kwalifiseer. Daardie struktuur word in elke geval bepaal deur 'n struktuurwet wat geld vir die reg, eiendom, kontrak, delik, skuld, straf, statuut en verordening. En dit is nou daardie struktuurwet wat Dooyeweerd "primêre natuurreg" noem. Hy reken byvoorbeeld die adagium *pacta sunt servanda* tot die primêre natuurreg want dit hoort tot die essensie van 'n kontrak dat die betrokke afspraak of afsprake nie willekeurig deur die partye by die kontrak verbreek kan word nie.[143]

Die politiese natuurreg is gelyk aan dit wat Dooyeweerd die regsidee noem.[144] Hy definieer die politiese natuurreg naamlik as

> "het inbegrip der normatieve beginselen in acht te nemen bij de rechtsvorming, opdat deze geschiede in overeenstemming met de goddelijke idee van het recht."[145]

Die politiese natuurreg is dus die *Sollensprinzip* waaraan die positiewe reg behoort te beantwoord.

In die onderhawige verband onderskei Dooyeweerd skerp tussen die etiese norme (sedewet) aan die een kant en die politiese natuurreg (regsidee) aan die ander kant. Die politiese natuurreg is in die vorm van normatiewe beginsels[146] gegiet terwyl die sedewet 'n kompleks volkome konkrete,

---

[140]Sien oor die betekenis van "struktuurwet" Van der Vyver & Van Zyl *Inleiding tot die regswetenskap* (Durban 1972) 4.

[141]Die idee van "richtiges" en "unrichtiges Recht" kom van Rudolph Stammler (1856–1938). Die "richtiges Recht" word deur hom aangewend om die positiewe reg te toets en wel met die oog op die "Richtigkeit" of geregtigheid daarvan. Hy beskryf die richtiges Recht" as "ein nach der Rechtsidee 'gerichtetes Recht'" Vgl sy *Theorie der Rechtswissenschaft* 2e Aufl (Halle 1924) 291. In *Die Lehre von dem richtigen Rechte* (Berlin 1902) 15 beskryf hy dit as "dasjenige Recht, welches in einer besonderen Lage mit dem Grundgedankendes Rechtes überhaupt zusammenstimmt."

[142]*Calvinisme en natuurrecht* 15–6.

[143]a w 17. In a w 18–21 wy Dooyeweerd besondere aandag aan die wese/essensie/struktuur van regsgesag om die werking van die primêre natuurreg te illustreer. As uitvloeisel daarvan konkludeer hy (o m) dat regsvorming gebonde is aan die struktuur van die reg en dat positiewe reg daarom nie 'n willekeurige maaksel van 'n owerheidsorgaan is nie.

[144]Die regsidee kan kortliks omskryf word as ideële norme (met 'n etiese of pistiese inslag) wat in elke regstelsel opgeneem behoort te word maar nie noodwendig in alle regstelsels beliggaam is nie.

[145]a w 16.

[146]'n Beginsel verg menslike positivering alvorens dit as norm kan geld.

reeds gepositiveerde en omlynde norme bied; en in die tweede plek, sê hy, bestryk die politiese natuurreg die sfeer van die gemeenskapsorde terwyl die sedewet vir die hele terrein van die innerlike lewe van die mens in sy verhouding tot God en van die uiterlike lewe van mens-tot-mensverhoudinge geld.[147]

Die beginsels wat in die politiese natuurreg opgesluit lê, weerspieël volgens Dooyeweerd nie menslike maatstawwe nie maar berus op 'n goddelike wet wat vir die politiese natuurreg *sui generis* ordinansies stel.[148] Om as *regs*beginsel te kan geld, moet dit die essensie/wese/struktuur van die reg (en nie byvoorbeeld van die etiek nie) in hom omdra. Verder beklemtoon Dooyeweerd dat die politiese natuurreg in essensie tot die *tydelike* orde behoort sodat daar nie van ewige en konkrete natuurregsnorme sprake kan wees nie.[149]

Tot die politiese natuurreg reken Dooyeweerd onder meer (die beginsel van) staatkundige regte en vryhede, welke regte en vryhede hy met 'n enigsins obskure argumentasie op die "gereformeerde vergeldingsleer in't strafrecht" fundeer.[150] Verder noem hy ook die beginsel dat die menslike persoonlikheid *qua talis* regsubjek behoort te wees en nooit regsobjek (slaaf) nie.[151]

Dooyeweerd onderskei verder, wat die politiese natuurreg betref, tussen daardie (primêre) beginsels wat absoluut (noodwendig) van aard is en dié met 'n hipotetiese karakter.[152] Laasgenoemde spruit voort uit die toepassing van 'n absolute beginsel op 'n bepaalde feitekompleks.[153] Tot die primêre beginsels van die politiese natuurreg reken hy die stelreël belasting ooreenkomstig jou drakrag; vergelding met straf van handelinge wat as misdade kwalifiseer en wat die natuurreg aantas; sosiale reëling van eiendomsreg; reëling van die huwelik op die vaste basis van die goddelike regsinstituut;[154] beskerming van die lewe en ander regsgoedere van die burgers teen onreg en natuurgevare; en handhawing van die regsubjektiwiteit van die mens. Die individuele verdedigingsplig van die staat is 'n hipotetiese beginsel wat uit die absolute vergeldingsbeginsel voortspruit.

---

[147]a w 24.

[148]*ibid.* In a w 28 noem hy God's Woord die geregtigheidswet, "die van nature in de harten is geschreven" en die regsedes soos dit histories gevorm is, as kenbronne van die politieke natuurreg.

[149]a w 24–5.

[150]a w 25. In a w 27 noem hy die bedoelde vergeldingsleer "het bolwerk onzer staatkundige vrijheden."

[151]a w 27. Ek doen aan die hand dat die regsubjektiwiteit nie bloot 'n ideële behore is nie, maar 'n eis van die primêre natuurreg.

[152]a w 29. Dit herinner aan die onderskeid wat Kant maak tussen 'n kategoriese en 'n hipotetiese imperatief.

[153]Dooyeweerd (*ibid*) gee die formule vir 'n hipotetiese beginsel soos volg aan: "Wanneer de feitelijke toestand zoo of zoo is, behoort de rechtsorde daartegen in beginsel op die volgende wijze voorziening te treffen." Die regsvormer kan dan oordeel oor "*de wijze van uitwerking van het beginsel* (de doelmatigheidseisch in de rechtsvorming)", maar die beginsel self "liggen vast in het goddelijk natuurrecht."

[154]As goddelike regsinstituut is die huwelik "een blijvende algehecle (lees "algeheele") levensgemeenschap tusschen één man en één vrouw, wat uitsluit ontbinding bij overeenkomst." (*ibid*).

Dooyeweerd sou seker vandag heelwat van hierdie aangeleenthede anders stel, byvoorbeeld die premisse dat staatkundige vryhede op die *strafregtelike* vergeldingsbegrip gefundeer is omdat die gereformeerde vergeldingsleer getuig van "*de absoluutheid der rechtsidee*".[155] Dooyeweerd het selfs (ten goede) die term "natuurreg" in sy latere werke vermy omdat daardie term onder so 'n groot verskeidenheid betekenismomente gebuk gaan.

2 Dooyeweerd se opvolger aan die Vrije Universiteit van Amsterdam, HJ Hommes, praat konsekwent van regsbeginsels om "de aan menselijke willekeur onttrokken normatieve grondslagen voor de positivering van rechtsnormen door competente rechtsorganen binnen hun materiële competentiegebieden"[156] aan te dui.

Om vas te stel in hoeverre Hommes aansluiting vind by Dooyeweerd se standpunt van 'n "natuurreg" moet 'n mens dus sy leer aangaande regsbeginsels nagaan. Die besonderhede van daardie leer is volledig uitgewerk in *De betekenis van de algemene rechtsbeginselen voor de rechtspraktijk*. Vir die doeleindes hiervan word hoofsaaklik die leidraad van sy korter samevatting daarvan in *Iets over rechtsbeginselen* gevolg.

In aansluiting by die *Wysbegeerte van die Wetsidee* waarvan Dooyeweerd die vader is, fundeer Hommes die grondslae van die reg op die soewereine skepperswil van God.[157] 'n Regsbeginsel is, soos uit die reedsgenoemde definisie blyk, 'n bo-willekeurige grondslag vir en basis van alle moontlike regsvorming;[158] dit wil sê alle positiewe reg word uit bo-willekeurige regsbeginsels gevorm en ontleen hulle inhoud aan materiële regsbeginsels.[159] Die regsbeginsels wat Hommes ook "juridische uitgangspunten" noem, moet nie gesien word as 'n starre en onveranderlike natuurreg wat *per se* geld nie: alle regsbeginsels geld alleen as regsvoorskrifte nadat dit deur middel van menslike vormgewing gepositiveer is; en in hulle vóór-positiewe gedaante besit hulle wel 'n mate van konstantheid maar is hulle in wese tegelyk "dynamische, normatieve krachten, die door de mens aan zijn variabele rechtsvorming moeten worden ten grondslag gelegd."[160]

In sy analise van die funksie en inhoud van 'n regsbeginsel opereer Hommes met twee begrippepare, te wete tipiese en modale regsbeginsels enersyds en konstitutiewe en regulatiewe regsbeginsels andersyds, welke twee begrippepare mekaar deurkruis.

'n Tipiese regsbeginsel is een "die de eigen geaardheid van de verschillende rechtsgebieden tot uitdrukking brengen";[161] of soos hy dit elders stel, "die in de typische of individualiteitsstructuren ('Natur der Sache') der

---

[155]a w 27.
[156]Só definieer Hommes 'n regsbeginsel in "'Feiten' en 'Normen' in het jurisdische ervaringsaspect" in (1967) 32 *Philosophia Reformata* 136 153.
[157]"Iets over rechtsbeginselen" *Tydskrif vir Christelike Wetenskap* 5 jg 1e kwartaal 1969 1 3–4.
[158]a w 3.
[159]Sien *De elementaire grondbeginselen der rechtswetenschap* (Deventer 1972) 160 en 164.
[160]*Iets over rechtsbeginselen* 4.
[161]*ibid.*

menselijke samenleving naar hun rechtsaspect gefundeerd zijn."[162] Onder "regsgebiede" verstaan Hommes klaarblyklik verskillende samelewingskringe soos staat, kerk, skool, vrye vereniging, bedryf, en dies meer, wat ooreenkomstig die Calvinistiese beginsel van soewereiniteit in eie kring[163] elk 'n "regskring" vorm met 'n eie interne reg. Daardie interne reg moet noodwendig aan die tipiese struktuur van die betrokke samelewingskring georiënteer wees (die staat kan byvoorbeeld nie suiwer interne kerkreg vorm nie); of anders gestel, staatlike reg moet die tipiese regsbeginsel, wat die eie geaardheid (wese/struktuur) van 'n staat *qua* staat tot uitdrukking bring, in hom omdra.

Twee opmerkings kom hierby te pas: eerstens moet daarop gewys word dat die tipiese regsbeginsel van Hommes 'n enger begrip is as die primêre natuurreg waarvan Dooyeweerd melding maak, want Hommes laat 'n tipiese regsbeginsel die struktuur van slegs 'n bepaalde samelewingskring weerspieël, terwyl Dooyeweerd se primêre natuurreg op die eie aard van elke regsfiguur (nie net samelewingskringe nie) betrekking het; en tweedens val dit op dat die tipiese regsbeginsels ooreenkomstig Hommes se beskouing nie in alle gevalle noodwendig van aard is, soos wat met Dooyeweerd se primêre natuurreg die geval is nie[164] maar ten dele net 'n regulerende funksie vervul.

Hommes gee die volgende voorbeelde van tipiese regsbeginsels wat met die struktuur van spesifiek die staat saamhang en daarom in alle staatlike reg beliggaam moet of behoort te wees:[165] die representatiwiteitsbeginsel ingevolge waarvan aktiewe staatsburgers *via* gekose afgevaardigdes met vrye mandaat in die politieke en wetgewende liggame van die staat invloed kan uitoefen op die hooflyne van die staatspolitiek en wetgewing; die beginsel van *trias politica*; die beginsel dat bestuur en regspraak aan die reg onderworpe behoort te wees (die "rule of law" soos hy dit sien); en die beginsel dat daar in die staatsopbou 'n sekere territoriale en funksionele desentralisasie moet wees.

In besonder beskou Hommes ook "de moderne vrijheidsbeginselen" as 'n tipiese staatsregtelike beginsel.[166] Daardie beginsel, wat ten grondslag lê aan die sogenaamde "moderne grondrechten", beskryf hy as beginsels "die in de menselijke persoonlijkheid en de interne vrijheid van de niet-statelijke samenlevingskringen gegrond zijn en die de materiële competentiegrenzen van de statelijke samenlevingsverhoudingen tot uitdrukking brengen."[167] Die beginsels van burgerlike gelykheid en vryheid hang volgens hom saam met die tipiese struktuur van die privaatreg ("het burgerlijk maatschappelijke rechtsverkeer").[168] Die gelykheidsprinsiep vereis dat alle

---

[162]*Feiten en normen* 153. Vgl ook *Elementaire grondbegrippen* 109.
[163]Sien Van der Vyver *Die juridiese funksie van staat en kerk: 'n kritiese analise van die beginsel van soewereiniteit in eie kring* (Durban 1972) veral 3–5 127 en 183–4.
[164]Eiendomsreg *moet* noodwendig aan die struktuur van (primêre natuurreg vir) eiendomsreg voldoen om as sodanig te kan fungeer.
[165]Sien hieroor *Iets over rechtsbeginselen* 4–5.
[166]Sien hieroor a w 5.
[167]a w 5.
[168]Sien hieroor a w 5–6.

persone (regspersone en spesifiek óók die staat as "privaat persoon") binne die betrokke regsgebied op 'n gelyke voet aan die regsverkeer deelneem; dat privaatregtelike voorskrifte in gelyke mate op elkeen van toepassing is wat hom binne die grondgebied van die staat bevind, "onafhankelijk van zijn toebehoren tot een bepaalde nationaliteit, ras, geloofsgemeenschap, stand, klasse, etc.";[169] dat privaatregtelike vermoënsregte nie aan 'n persoon sekere owerheidsbevoegdhede besorg soos met die feodale stelsel die geval was nie; dat "buiten de wet" slegs die vrywillige en regsgeldige kontrakte as bron van skuldverbintenisse erken kan word;[170] dat prosesvoeringshandelinge vir almal in gelyke mate beskikbaar moet wees; en dat die *audi alteram partem*-reël gehandhaaf bly. Die vryheidsprinsiep openbaar hom (onder meer) in die vryheid van keuse van 'n huweliksmaat, die vryheid van 'n regsubjek om oor die objekte van sy subjektiewe regte te beskik en daardie objekte vir geoorloofde privaatdoeleindes aan te wend, testeer- en kontrakteervryheid, en die burgerlike prosedeervryheid.

Teenoor die tipiese regsbeginsels stel Hommes die sogenaamde *modale regsbeginsels*, "die in de modale structuur van het rechtsaspect besloten liggen."[171] Hierdie beginsels, sê hy, "zijn in de algemene geaardheid van het rechtsaspect als een fundamentele ervaringswijze (*modus quo*) van onze tijdelijke werkelijkheid, gegrond, onafhankelijk van de typische verbijzonderingen, die het rechtsaspect binnen de verschillende typische samenlevingsverhoudingen ontvangt."[172] Dit verskil van die tipiese regsbeginsels deurdat dit nie [173] tot 'n bepaalde regsgebied[174] beperk is nie maar in alle regsgebiede voorkom. Hommes is hier gedagtig aan die juridiese retrosipasies en antesipasies[175] wat as beginsels ten grondslag aan die positiewe reg lê,[176] byvoorbeeld die beginsel van juridiese eenheid (die aritmetiese analogie), kompetensiegebied (die ruimtelike analogie), juridiese dinamiek (die energetiese analogie), juridiese kousaliteit (die fisiese analogie),[177] en so meer.

Dit kan kortliks soos volg verduidelik word:

Met sy *Wysbegeerte van die Wetsidee* onderskei Dooyeweerd in die aards-

---

[169]a w 5. Hierdie sg materiële gelykheid moet volgens hom onderskei word van die beginsel van "gelijkheid *voor* de wet" wat vereis dat gelykes gelyk en ongelykes ongelyk behandel moet word.

[170]Met "buiten de wet" is Hommes klaarblyklik gedagtig aan skuldverhoudinge wat *ex delicto* en *ex lege* ontstaan.

[171]*Feiten en normen* 153. Sien ook *Elementaire grondbegrippen* 109 waar hy verwys na modale regsbeginsels "die . . . in de modale structuur van het rechtsaspect . . . gegrond zijn."

[172]*Iets over rechtsbeginselen* 6.

[173]In die (gekursiveerde) sin (*ibid*) wat hier as bewysplaas dien, het die drukkersduiwel "net" i p v "niet" ingevoeg.

[174]Onthou sal word dat "regsgebied" in die onderhawige verband dui op die juridiese sfeer van 'n bepaalde samelewingskring, soos kerk, staat, gesin, e d m.

[175]Sien hieroor Van der Vyver & Van Zyl *Inleiding* 19–20.

[176]In *Iets over rechtsbeginselen* 6–8 noem hy in der waarheid net voorbeelde van juridiese analogieë, maar sy analise van konstitutiewe en regulatiewe regsbeginsels (a w 8 e v), laat blyk dat hy ook juridiese antesipasies by die modale regsbeginsels insluit.

[177]Sien vir hierdie voorbeeld *Feiten en normen* 153.

geskape werklikheid (kosmos) tussen konkrete dinge (stof, plant, dier en mens), gebeurtenisse (wo menslike handelinge) en samelewingskringe (wo kerk, staat, gesin, universiteit, ens). elk waarvan toegerus is met (die draer is van) vyftien aspekte of modaliteite. Die kosmos word georden deur (onder meer) vyftien modale wette elk waarvan korrespondeer met 'n bepaalde modaliteit. 'n Bepaalde soort wet in samehang met daardie aspek van die konkrete dinge, gebeurtenisse en samelewingskringe wat korrelaat is aan die bedoelde wet vorm sáám 'n sogenaamde wetskring. Aldus onderskei Dooyeweerd vyftien wetskringe wat hy in 'n volgorde van gekompliseerdheid soos volg tabuleer: die aritmetiese, ruimtelike, kinematiese, energetiese, biotiese, psigiese, analitiese, historiese, linguale, sosiale, ekonomiese, estetiese, juridiese, etiese en pistiese wetskring.[178]

Elke wetskring huisves in homself 'n onherleibare element, die sinkern, wat meebring dat die een wetskring nie tot 'n ander wetskring herlei kan word nie en dientengevolge sogenaamd soewerein is in sy eie kring. Maar Dooyeweerd laat die wetskringe met die oog hierop nie in kompartemente geïsoleerd van mekaar eksisteer nie. Die wetskringe hou die een met die ander rekening en werk op mekaar in, latere wetskringe voorveronderstel die vroeëre wetskringe en is op die vroeëre wetskringe gefundeer. Elke wetskring is aldus as't ware 'n spieëlbeeld van die *hele* tydelike werklikheid, hoewel elke wetskring die tydelike werklikheid uit hoofde van die beginsel van soewereiniteit in eie kring op 'n eiesoortige, tipiese wyse reflekteer. Hierdie samehang van die wetskringe word uitgebeeld met die sogenaamde beginsel van universaliteit in eie kring.

Uit hoofde van die beginsel van universaliteit in eie kring steek die wetskringe dus voelers na mekaar uit en ontleen 'n wetskring beginsels aan ander wetskringe, welke beginsels dan aan die sinkern van die bedoelde wetskring georiënteer en in die georiënteerde vorm in daardie wetskring aangewend word. Wys 'n wetskring aldus terug (word 'n beginsel ontleen aan) 'n vroeëre wetskring, het 'n mens met *retrosipasie* of *analogie* te doen; en wys 'n wetskring vooruit na 'n latere wetskring, het jy met *antesipasie* te doen. Die modale regsbeginsels waarvan Hommes praat, is dus die beginsels wat die reg met behulp van retrosipasies en antesipasies aan die ander (niejuridiese) wetskringe ontleen.

Die tweede onderskeiding wat Hommes in sy analise van regsbeginsels tref, is dié tussen konstitutiewe en regulatiewe regsbeginsels.[179] Die konstitutiewe regsbeginsels is funderend vir die reg. Toegepas op die modale regsbeginsels lê hulle (dit wil sê die konstitutiewe modale regsbeginsels) opgesluit in die substrate van die juridiese wetskring.[180] Die regulatiewe regsbeginsels werk "ontsluitend" op die reg in. Toegepas op die modale regsbeginsels lê hulle (dit wil sê die regulatiewe modale regsbeginsels) opgesluit in die superstrate van die juridiese wetskring.[181] Kortom, die konstitutiewe modale regsbeginsels sien Hommes vergestalt in die verskil-

---

[178]Sien b v Dooyeweerd *In the twilight of western thought* (Philadelphia 1960) 7; *De modale structuur van het juridisch oorzakelijkheidsverband* (Amsterdam 1952) 24.
[179]Sien hieroor *Iets over rechtsbeginselen* 8–13.
[180]Sien hieroor Van der Vyver & Van Zyl *Inleiding* 18–9.
[181]*ibid.*

lende juridiese retrosipasies soos die beginsel van juridiese eenheid en veelheid van regsnorme, van die juridiese geldings- en kompetensiegebied, van die juridiese dinamiek, van die regskrag en juridiese kousaliteit, van die juridiese positiviteit, van die juridiese ekonomie en harmonie, en so meer:

> "Al deze beginselen behoren in elke rechtsorde door de bevoegde rechtsvormers in acht te worden genomen, willen de door hen gevormde regels op de naam van 'rechtsnormen' aanspraak maken, en niet op willekeur berusten."[182]

Die regulatiewe modale regsbeginsels sien Hommes vergestalt in die verskillende juridiese antesipasies, soos die beginsel van *bona fides* en *iusta causa* in die kontraktereg, van redelikheid en billikheid in die interpretasiereg, van skuld en risiko in verband met juridiese aanspreeklikheid, van misbruik van reg in die sakereg, en so meer:

> "Deze beginselen der juridische moraal, die uit ontwikkelde rechtsstelsels niet meer weg te denken zijn, hebben een regulatieve functie in het rechtsleven, omdat ze dit laatste ontsluiten verdiepen en verfijnen."[183]

Hommes se gedagtegang raak vervolgens enigsins gekompliseerd as hy die onderskeid tussen konstitutiewe en regulatiewe regsbeginsels ook op tipiese regsbeginsels van toepassing maak. Die probleem is dat tipiese regsbeginsels alleen in 'n ontsluite verdiepte vorm kan geld; want, sê Hommes, alleen op die basis van 'n ontslote gedifferensieerde kultuurniveau kan 'n veelheid samelewingskringe, wat na hulle innerlike aard van mekaar onderskei is en wat met 'n eie interne regsfeer fungeer, ontwikkel.[184] Tipiese regsbeginsels veronderstel naamlik sulke gedifferensieerde en na hulle innerlike aard verskillende samelewingskringe en daarmee gepaardgaande "regsgebiede". Daarom konkludeer Hommes dat die konstitutiewe tipiese regsbeginsels hulle alleen onder leiding van die regulatiewe beginsels kan verwerklik.[185] Die staatsregtelike verteenwoordigingsbeginsel is volgens hom konstitutief vir die opbou van 'n moderne regstaat maar staan onder leiding van die regulatiewe tipiese beginsel van die *res publica* "in die zin van een zo rechtvaardig mogelijke staatsopbouw";[186] die tipiese beginsel van vryheid en gelykheid is konstitutief vir elke ontwikkelde privaatregtelike stelsel maar staan onder leiding van die regulatiewe tipiese beginsel van die *justitia commutativa*; en ten slotte sien hy die staatsregtelike grondregte, in die sin van "die in de ontwikkeling van het moderne staatswezen door de staat erkende materiële competentiegrenzen, die gelegen zijn in de individuele persoonlijkheid van de onderdanen bijv vrijheid van meningsuiting via de drukpers, en in de eigen rechtskringen der niet-statelijke samenlevingsverhoudingen (bijv de vrijheid van godsdienstige organisatie)"[187] as konstitutiewe tipiese beginsels vir "een ontwikkeld staatswezen" wat onder leiding staan van die regulatiewe tipiese regsbeginsel van die menslike waardigheid.[188]

---

[182] *Iets over rechtsbeginselen* 9.
[183] a w 10.
[184] *Feiten en normen* 153.
[185] *ibid*; *Iets over rechtsbeginselen* 11.
[186] *Iets over rechtsbeginselen* 11.
[187] a w 11–2.
[188] Die regulatiewe tipiese beginsel van die menslike waardigheid is iets anders as die sogenaamde juridiese persoonlikheidsbeginsel ingevolge waarvan elke mens aanspraak

Met die onderskeid tussen konstitutiewe en regulatiewe regsbeginsels vermy Hommes 'n lastige twisappel van die natuurregsleer, naamlik die vraag of positiewe reg wat die natuurreg (of 'n regsbeginsel) weerspreek *pro non scripto* is, dan wel of die natuurreg (of 'n regsbeginsel) bloot as *Sollensprinzip* vir die positiewe reg diens doen. Dit is duidelik dat 'n regsfiguur wat nie voldoen aan die primêre natuurreg vir daardie regsfiguur, volgens Dooyeweerd se terminologie en insigte, nie kan wees wat dit voorgee om te wees nie; en verder dat die politiese natuurreg, waarvan Dooyeweerd gewag maak, bloot as normatiewe behore diens doen waaraan die positiewe reg behoort te beantwoord. Maar hoe staan dit, wat dit betref, met Hommes se konstitutiewe en regulatiewe regsbeginsels?

Op een plek gee Hommes te kenne dat positiewe regsvoorskrifte wat 'n konstitutiewe modale regsbeginsel weerspreek, op willekeur berus en nie op die naam "regsnorm" aanspraak kan maak nie.[189] Wat die konstitutiewe tipiese regsbeginsels betref, sonder hy drie prinsiepes uit wat, as "een moderne wetgever" hulle sou teëspreek, tot gevolg sou hê dat "hij geen positief en geldend recht (zou) vormen, maar slechts 'gesetzliches Unrecht'."[190] Dit is naamlik die konstitutiewe persoonlikheidsbeginsel, die konstitutiewe beginsel van gelykheid en vryheid en die konstitutiewe beginsel van die klassieke grondregte. Sou 'n regsorde regulatiewe beginsels weerspreek, dan is die bedoelde regsreël "slechts 'unrichtig' onvolkomen . . . zonder dat hierdoor haar rechtsgelding wordt aangetast."[191]

3 Wat hedendaagse eksponente van die Calvinisme betref, kan die aandag ook nog gevestig word op die standpunt van HG Stoker (1899–) vader van die *Wysbegeerte van die Skeppingsidee*. Stoker is weliswaar geen vakkundige regsgeleerde nie en hy het hom eers na sy aftrede as hoogleraar in wysbegeerte, trouens toe hy reeds om en by 70 jaar oud was, op die fundamentele probleme van die regte begin toespits. Die enkele aanduidings van sy standpunt aangaande 'n sogenaamde ontiese reg – die term wat hy gebruik vir min of meer dit wat sedert die Griekse en Romeinse oudheid "natuurreg" genoem is[192] – vind 'n mens hoofsaaklik in 'n rede wat hy in 1970 uitgespreek het by die aanvaarding van 'n ere-professoraat in Wysbegeerte aan die Randse Afrikaanse Universiteit, by name "Die aard en rol van die reg: 'n wysgerige besinning."

In lyn met die algemene uitgangspunt van die Calvinisme aanvaar Stoker "dat die menslike reg . . . sy oorsprong in God vind uit, deur en tot

---

het op regsubjektiwiteit. Hommes a w 12–3 sien die persoonlikheidsbeginsel as 'n konstitutiewe tipiese beginsel vir "het moderne rechtsleven" wat o l v die beginsel van menslike waardigheid as regulatiewe tipiese beginsel staan.

[189] a w 9.

[190] a w 13.

[191] *ibid.*

[192] *Die aard en rol van die reg, 'n wysgerige besinning* (Johannesburg 1970) 1 3 2 2. Stoker (*ibid*) vermy die term "natuurreg" omdat dit "veelsinnig, verwarrend en met onaanneemlike en onderling botsende veronderstellings van lewens- en wêreldbeskoulike aard oorbelas is en veral omdat ons met 'ontiese' reg . . . nie dieselfde verstaan as wat gewoonlik met 'natuurreg' bedoel word nie." Sien ook a w 1 3 1 2 en "'n Kursoriese besinning oor 'menseregte'" *Bulletin van die Suid-Afrikaanse Vereniging vir die Bevordering van Christelike Wetenskap* Nov 1965 131 131–2.

Wie álle dinge is."[193] Hy onderskei die sogenaamde ontiese reg van die positiewe reg[194] en beskryf eersgenoemde as "'n *dieper reg* . . . wat 'goeie' of 'ware' of 'regte' reg is, waaraan die positiewe reg behoort te beantwoord en waaraan dit getoets kan en moet word."[195] Hierdie ontiese reg (asook die positiewe reg) behels dit wat Stoker menseregte, regsnorme en die regsorde noem.[196] Vir Stoker gaan dit in hoofsaak om die ontiese reg volgens die orde van die skepping;[197] dit wil sê die ontiese reg soos dit nie vóór nie maar afgesien van die sonde bestaan.[198] Hy beskryf daardie reg in sy diepste sin as ampsbediening[199] en wel met die oog op "die totale roeping van die mens, álles wat hy doen en laat."[200] Stoker stel die ontiese reg in daardie sin beslis nie gelyk aan die tradisionele konsep van 'n universeel geldende en onveranderlike natuurreg nie want hy aanvaar dat die ontiese reg, náás sy vaste kant,[201] óók 'n dinamiese (historiese) kant het.[202] Van al die kenmerke van die menslike (waaronder die ontiese) reg sonder hy die sogenaamde universaliteit, uniekheid, orde-bepalende werking, basiese aard en gelding daarvan uit vir besondere aandag.[203] Op die besonderhede daarvan hoef vir die doeleindes hiervan nie ingegaan te word nie. Hierin word verder gekonsentreer op die ontiese menseregte waarvan Stoker melding maak.

Die menseregte wat hiermee in die kalklig gestel moet word, is daardie "ontiese regte wat die mens volgens die orde van die skepping van God ontvang."[204] Stoker beskou daardie regte samevattend as die aanspraak van die mens om sy deur God opgelegde roeping te vervul en aldus sy godgegewe bestemming as mens te vervul. Aldus vereenselwig hy die menseregte met "die reg (menseregte) tot roepingsvervulling en vryheidsverwesenliking",[205] die aanspraak van die mens "om sy roeping te vervul en sy bestemming te verwesenlik",[206] "om as geroepene sy roeping te vervul",[207]

---

[193] *Die aard en rol van die reg* 1 2 1. Sien ook *Menseregte* 132–3.

[194] *Die aard en rol van die reg* 1 3 2; 5.

[195] a w 1 3 2 1.

[196] a w 1 3 2 3. Vir die onderskeid tussen menseregte, regsnorme en die regsorde sien a w 1 3 1.

[197] a w 1 3 5. D i die reg "waaraan die positiewe reg moet beantwoord en vir die herstel waarvan reg volgens die orde van die verskeurdheid moet stry." (a w 3 5 4).

[198] Vgl a w 1 3 3 2.

[199] a w 8 3. Sien ook a w 8 1 1.

[200] a w 8 1 1.

[201] In a w 7 4 noem hy die volgende voorbeelde van "vaste ontiese menslike reg: "die mens se reg op sy lewe, die eer van sy naam, vorming van kennis, om vir die mens te sorg, God te dien ensovoorts en die staat se reg op 'n reëling van 'n universele juridiese inter-orde, die volk se reg op taalvorming, ensovoorts, en soos b v die regsnorme van 'elkeen toe te ken wat hom toekom,' van 'eerbiediging van ooreenkomste,' van 'soewereiniteit in eie kring' ensovoorts."

[202] a w 1 3 4; 7 2 2 en 7 4 1 tot 7 4 6; *Menseregte* 136–7.

[203] *Die aard en rol van die reg* 3 1 tot 3 5.

[204] a w 4 1 1. Stoker (*ibid*) bely nadruklik "dat so-iets soos menseregte bestaan en erken behoort te word." Sien ook a w 4 1 3 waar hy beklemtoon dat God die ontiese menseregte bepaal en aan die mens toeken.

[205] a w 3 4 1 1.

[206] a w 3 5 2.

[207] a w 2 3 2.

"om sy roeping te vervul en aldus sy vryheid te verwesenlik",[208] "om te wees wat hy is en om te doen wat sy hand vind om te doen".[209] Hierdie mensereg, sê hy, kom met "hy mág" in sig: "Die mens mag doen waartoe hy reg het; wat hy mág doen, is sy reg."[210] Met die oog op sy tipering van die ontiese reg as "ampsbediening", omskryf hy die menseregte soos volg: "die mens is tot ampsbediening toegerus, tot ampsdraer geordineer; daarop het hy aanspraak; daarin rus sy regsverpligtinge."[211]

Met hierdie siening stel Stoker die menseregte funderend vir alle menslike handelinge. Want die mens is met 'n verskeidenheid roepinge beklee en take belas, die volvoering waarvan sy mensereg is: hy behoort God te dien, hy behoort sedelik te handel, hy behoort kennis te vorm, hy behoort die natuur te beheers en kultuur te skep, ensovoorts. Hierdie behore stel sy reg daar en lê basies ten grondslag van 'n tweede soort behore wat Stoker onderskei, naamlik dat hy die gemelde handelinge behoort te verrig ooreenkomstig die aard van en norme vir die godsdiens, die sedelike, kennis, natuurbeheersing en kultuurskepping (respektiewelik).[212] Daaruit kan ook die inhoud van die menseregte afgelei word waarvan Stoker die volgende voorbeelde gee: die aanspraak van die mens "op sy lewe (en op wat hy daarmee doen), op die eer van sy naam, om te trou, sy kinders op te voed, ooreenkomste aan te gaan, verbonde te sluit"; die aanspraak van die kerk "op die bediening van die Woord van God"; die aanspraak van die staat "op vorming en handhawing van universele inter-reg", ensovoorts.[213] Kortom, "die reg om die natuur te beheers, kultuur te skep, vir die mens te sorg, God te dien en met dit alles om sy roeping te vervul en aldus sy vryheid te verwesenlik."[214] Dit is opvallend dat Stoker nie net aan die enkele mens nie, maar ook aan samelewingskringe (waaronder die staat) menseregte toesê.[215]

Stoker onderskei tussen menseregte in "ruime" en menseregte in "strenge" of "spesifieke" sin.[216] Die menseregte in ruime sin het betrekking op "álles wat die mens mág doen" terwyl die menseregte in spesifieke sin betrekking het op "die fundamentele of hoofonderskeidings van menslike doen en late."[217] Hierdie spesifieke menseregte paar hy met direkte verpligtinge[218] welke verpligtinge deur die "behore" van menseregte geïmpliseer word.[219] Aangaande die menseregte in die algemeen leer hy verder

---

[208]a w 4 1 3.
[209]a w 2 3 2.
[210]a w 4 1 3. In *Menseregte* 136 definieer hy die ontiese mensereg as "'n ontiese aanspraak wat die mens het om te doen wàt hy behóórt te doen en om dit só te doen sóós hy dit behóórt te doen."
[211]*Die aard en rol van die reg* 8 4 1.
[212]a w 3 5 3.
[213]a w 4 1 3. Sien ook *Menseregte* 133.
[214]*Die aard en rol van die reg* 4 1 3.
[215]*Menseregte* 133–4.
[216]*Die aard en rol van die reg* 4 1 3 1.
[217]*ibid.*
[218]*ibid*; *Menseregte* 134–5.
[219]*Die aard en rol van die reg* 4 1 4.

dat die bedoelde ontiese aansprake in beginsel onvervreembaar en onontneembaar is[220] en dat daar sowel gelyke as ongelyke menseregte bestaan.[221]

Ten slotte een en ander oor die strydvraag van die tradisionele natuurreg aangaande die verhouding tussen natuurreg (ontiese reg) en positiewe reg. In hoeverre is positiewe reg wat die beginsels van die ontiese reg weerspreek, bestaanbaar?

Dit blyk uit Stoker se betoog dat die ontiese reg (waaronder ook die ontiese menseregte) 'n vóór-positiewe "gelding" het; dat dit gepositiveer moet word tot positiewe regsnorme en menseregte.[222] Maar aangaande die vraag of positiewe reg *pro non scripto* is as dit die beginsels van die ontiese reg weerspreek, praat Stoker nie altyd uit een mond nie. Aan die een kant hou hy die ontiese reg as *Sollensprinzip* van die positiewe reg aan ons voor, dus as beginsels waaraan die positiewe reg behoort te beantwoord.[223] Dan sê hy weer vaagweg "dat die positiewe reg aan die ontiese reg moet beantwoord en die ontiese reg die toetsingsgrond van die positiewe reg is"[224] of dat die positiewe reg nie met die ontiese reg in stryd "mag wees" nie.[225] Ten slotte onderskei hy tussen "'ware', 'juiste' of 'regte' ('richtige') reg", naamlik reg wat aan die ontiese reg beantwoord enersyds, en "skynreg of onreg", naamlik reg wat nie aan die ontiese reg beantwoord nie; en hy besluit soos volg: "Die positiewe reg . . . moet aan die ontiese reg . . . beantwoord. Die mens mag nie willekeurig menslike reg vorm (positiveer) nie. Doen hy dit tog, dan vorm hy skynreg, respektiewelik onreg."[226]

TRANSENDENTE KRITIEK

'n Mens kan ander persone se wetenskaplike standpunte op drie maniere kritiseer: met *immanente kritiek* lê jy die leemtes van en teësprake in 'n stelsel bloot vanuit daardie stelsel se eie uitgangspunt; met *transendentale kritiek* stel jy die ander persoon se standpunt aan die kaak vanuit jou eie uitgangspunt; en met *transendente kritiek* kritiseer jy deur bloot jou eie standpunt in die plek van ander opvattinge te stel.

Dit is nie die bedoeling om hierin met immanente of transendentale kritiek op die uiteengestelde teorieë te reageer nie. Ek volstaan met enkele algemene opmerkings wat die aandagtige leser met die bostaande uiteensetting kan vergelyk.

In die eerste plek moet met nadruk gekonstateer word dat die reg nie 'n *willekeurige* maaksel van regsvormers (waaronder staatsowerhede) is nie maar dat die reg na sowel sy vorm as sy inhoud gebonde is aan regsbeginsels.

---

[220]a w 4 1 3.
[221]a w 7 2 1. Die regte van die enkeling en 'n samelewingskring, van gesaghebber en gesagsonderdaan, van man en vrou, van ouer en kind, van kerk en staat, van volk en industrie, ens is (in elke geval) ongelyk. Sien ook *Menseregte* 139.
[222]Sien bv *Die aard en rol van die reg* 5 3.
[223]Sien bv a w 1 3 2 1.
[224]a w 5 4.
[225]a w 5 3.
[226]a w 5 5.

Ek verkies om daardie regsbeginsels nie "natuurreg" te noem nie omdat daardie term te veel uiteenlopende en botsende betekenismomente in hom omdra en 'n historiese stigma dra waarmee ek my nie wil vereenselwig nie.

Wat die bedoelde regsbeginsels betref, kan in die breë twee soorte onderskei word:

Die eerste soort regsbeginsel kan *struktuurbeginsels* genoem word. Kragtens die toepasbare struktuurbeginsel is die reg en regsfigure wat hulle is en nie iets anders nie. Enkele voorbeelde sal dit duidelik maak.

'n Regsreël is (1) 'n juridiese (2) wet (3) wat die vorm aanneem van 'n norm. Om 'n regsreël te kan wees, moet dit voldoen aan die struktuur(1) van die juridiese aspek van die kosmos (gewoonlik aangedui as "vergelding"); (2) van 'n wet (dit moet vir iets geld om daardie iets te orden); en meer bepaald (3) van 'n norm (dit moet vir sy gelding afhanklik wees van menslike vormgewing en moet inderdaad gepositiveer wees). Daar bestaan nie regsreëls wat *per se* geld nie; 'n regsreël moet (die samelewing van mense) orden anders voldoen dit nie aan die struktuur van 'n wet nie; en 'n regsreël moet (die samelewing van mense) deur middel van vergelding orden anders voldoen dit nie aan die struktuur van 'n *juridiese* wet nie.

So het elke regsfiguur 'n bepaalde struktuur waaraan dit móét beantwoord: eiendomsreg moet die essensie van eiendomsreg (wat dit ook al mag wees) in hom omdra anders is dit nie eiendomsreg nie. 'n Regsubjek moet die struktuur van regsubjek vertoon (dit móét die draer wees van regte en verpligtinge) anders is dit nie 'n regsubjek nie. Ensovoorts.

Aan verskillende regsnorme en regsfigure kleef daar, buiten die struktuur daarvan, insidentele eienskappe wat as sodanig nie vas en onveranderlik is nie. Daardie eienskappe kan sus of so gereël word, byvoorbeeld die bevoegdhede wat aan eiendomsreg kleef. Maar ook sulke variabele aangeleenthede is aan beginsels gebonde en kan nie volkome willekeurig gereël word nie.

Hierdie beginsels kan modale regsbeginsels genoem word. Sommige modale regsbeginsels wys retrosiperend terug na noodsaaklike substrate van die reg, andere wys antesiperend vooruit na etiese en pistiese aspekte van die werklikheid. 'n Modale regsbeginsel wat retrosiperend terugverwys na substrate van die reg het 'n *funderende funksie*: die reg móét daarmee rekening hou; die modale regsbeginsels wat vooruit wys na die gemelde superstrate van die reg het 'n *regulerende* funksie: die reg *behoort* daardie beginsels in hom op te neem. Aldus móét die reg rekening hou met sy eie geldingsgebied, met wilsbesluite van die regsonderdane, met die sosiale verkeer van mense, en so meer; maar die reg behóórt ook beginsels soos "geen aanspreeklikheid sonder skuld" in hom om te dra.

By die verbesondering van juridiese retrosipasies en antesipasies is daar vir die regsvormer speelruimte maar nie willekeurige vrymag nie. Die puberteitsouderdom ('n retrosipasie na die biotiese aspek van die werklikheid) kan op 12 en 14 jaar of op 14 en 16 jaar vasgestel word maar dit sou sinneloos wees om die ouderdomme van sê 80 en 82 jaar "puberteitsouderdom" te noem en aan die implikasies van puberteitswording te verbind.

In die konteks van die na-oorlogse problematiek is regsfilosowe veral geïnteresseerd in die vraag in hoeverre bepaalde morele (etiese) standaarde in die positiewe reg verwerklik móét of behóórt te word. In aansluiting by Dooyeweerd glo ek dat eties-gefundeerde beginsels nie funderend vir die reg is nie maar wel 'n regulatiewe funksie vervul. Dit wil sê dat eties- (en pisties-) gefundeerde beginsels in elke regstelsel opgeneem behoort te word en dat die geregtigheid van 'n regstelsel gemeet kan word aan die mate waarin daardie stelsel eties- en pisties-gefundeerde beginsels huisves; maar 'n regsreël kan egter as reg geld al het dit nie 'n etiese of pistiese grondslag nie.

Oor die vraag wat die wese van die bedoelde eties-gefundeerde prinsiepes is, bestaan daar groot meningsverskil. Stoker beweer dat die etiese op persoonsliefde betrekking het. Volgens Dooyeweerd gaan dit in die etiek om liefde in tydelike betrekkinge. Vollenhoven praat in dieselfde verband van trou in huwelik en vriendskap. Ooreenkomstig hierdie beskouinge is die ideële rigsnoer van 'n "goeie" regstelsel geleë in die vraag in hoeverre persoonsliefde, liefde in tydelike betrekkinge of trou (getrouheid) deur die regstelsel weerspieël word. □

In het bedrijfsleven heeft men na menige staking de conclusie moeten trekken dat er feitelijk twee verliezers overgebleven waren. De onderlinge verhoudingen in de onderneming worden door een staking soms voor jaren grondig verpest, terwijl beide partijen er vaak ook financieel alleen maar slechter op worden.

De werkstaking tast vrijwel steeds het functioneren van de onderneming als bron van welvaart aan. Zij raakt daardoor direct ook het belang van allen die erbij betrokken zijn en via dezen het algemeen belang. Dit zal in de toekomst steeds sterker gaan spelen, naarmate dóór mechanisering, automatisering en concentratie de kapitaalsintensiteit van ons produktie-apparaat verder zal toenemen. Reeds nu kennen wij het verschijnsel dat het economisch nauwelijks meer verantwoord is een bepaald produktieproces te onderbreken.

Mr J G Rietkerk in Stakingsrecht voor Ambtenaren?

International* Enforcement of Conventions on Fisheries

G N Barrie**

Senior Law Adviser, Department of Foreign Affairs

INTRODUCTION

In many areas of the ocean the consequences of overfishing are being felt and it has become clear for some time now that the living resources of the sea are not inexhaustible. The effective regulation of maritime fishing operations has become a matter of increasing urgency. Increased efforts devoted to research and exploration of the seas have revealed the contribution which these resources may make to the improvement of standards of nutrition, while states and private enterprise are more than over conscious of the economic potential which these resources represent.

Since it is a basic principle of international law that all states are free to fish on the high seas,[1] the application of conservation measures and the regulation of the conduct of fishing operations on the high seas can only be brought about through international agreements. If fishing is carried out in the territorial waters of a state, its regulation can be undertaken by that state alone, because the sovereignty of a coastal state extends to those waters.[2] Although in recent years a number of states have claimed exclusive jurisdiction over fishing in areas of the high seas adjacent to their territorial sea, the principle enunciated at the start of this paragraph – derived from customary international law – is still at present indisputably valid for the greater part of the high seas. The present Third Law of the Sea Conference[3] will, it is hoped, regulate by an international convention the precise legal position pertaining to the limits of territorial waters, contiguous zones and the new concept "economic zone".

Due to the universal recognition that the indiscriminate exercise of the freedom to fish on the high seas would in the long run be contrary to the

---

*The word "international" as used in this article does not mean "universal". It refers to co-operation between two or more states.

**The views expressed in this article are solely those of the author and in no way necessarily convey the views of the Department of Foreign Affairs or of any other Government Department of the Republic of South Africa.

[1]art 2 of the Convention on the High Seas 1958.

[2]art 1(1) Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone 1958.

[3]See the author's articles "The Third Law of the Sea Conference: A Preview of Some of the Issues" and "The Third Law of the Sea Conference: A Final Summation" in (1973) 36 *THRHR* 23–45 and (1974) 37 245–255 respectively. Also "Historical Bays" in 1973 *CILSA* 39–62.

individual and collective interests of states, a number of conventions imposing certain limits on this freedom have been concluded. The adoption of conventions on conservation of fishery resources or the conduct of fishing operations is but a partial solution – the big problem being the *enforcement* of these conventional rules.

The enforcement on the high seas of the provisions of these conventions, or of any measures subsequently adopted by fishery bodies set up under them, is basically the responsibility of each contracting party with respect to those vessels flying its flag. This flows from the basic principle of the law of the sea that vessels on the high seas enjoy immunity – in peace-time – from any control by the authorities of states other than the flag state.

Article X of the Convention on the Conservation of the Living Resources of the Southeast Atlantic (ICSEAF) 1971 (of which South Africa is a party) eg declares:

> "(1) Without prejudice to the rights of States in the waters in which they are entitled under international law to exercise jurisdiction over fisheries, each Contracting Party shall undertake appropriate measures, in its territories and in these waters with respect to all persons and vessels, and beyond these waters with respect to its nationals and vessels, to ensure the implementation of the provisions of the present Convention and the recommendations of the Commission which have become binding on that Contracting Party, and to apply sanctions for the violation of such recommendations.
>
> (2) The Contracting Parties undertake to collaborate with each other with a view to the adoption of effective measures to ensure the implementation of this Convention and the achievement of its objectives.
>
> (3) In addition, the Contracting Parties undertake to collaborate with each other with a view to setting up, upon a recommendation by the Commission, a system of international enforcement of such recommendations as the Commission may select for inclusion under the said system, except in the waters in which a State is entitled under international law to exercise jurisdiction over fisheries . . .
>
> (4) The Contracting Parties shall submit to the Commission biennially, or at such times as may be required by the Commission, a statement of the action that they have taken pursuant to this Article."

The need to supplement national enforcement systems by international policing has been felt however for many years and has been restored to in connection with activities other than fishing. Examples would be measures applicable to foreign ships on the high seas contained in a number of conventions relating to customs provisions,[4] the laying of submarine cables[5] and pollution.[6]

The necessity for effective enforcement stems from the fact that some states are not always in a material or financial position to impose effective control over their own vessels. The stringency of national systems also tend to vary. An international control system set up by an agreement between interested states enables such states to pool their resources as it were so as to

---

[4]See Colombos *International Law of the Sea* (1967) 141 *et seq;* E D Dickinson "Are the Liquor Treaties Self Executing" (1926) 20 *AJIL* 444.

[5]Convention for the Protection of Submarine Cables 1884.

[6]See Bamford *Law of Shipping and Carriage in South Africa* (1973) 149 n 1.

ensure a more effective and uniform application of the measures that they consider would lead to the most orderly exploitation of the fisheries. Various international control systems have been set up, most of them concluded between a limited number of states. Only in recent years have these types of negotiations taken place on a broader international basis. This has had the salutary effect of leading to a wider acceptance of international control. The purpose of this article is to attempt to give a general picture of what has been achieved in this field.

CONVENTIONAL CONTROL SYSTEMS

Control systems which have been brought about usually concern conservation of fisheries and conduct of fishing operations. Conventions which could be mentioned here are eg the Convention for the Preservation of the Halibut Fishery of the Northern Pacific Ocean and Bering Sea (222 UNTS 77); the Convention for the Protection, Preservation and Extension of the Sockeye Salmon Fishery of the Fraser River System (290 UNTS 103); the International Convention for the Regulation of Whaling (TIAS no 1849);[7] the International Convention for the High Seas Fisheries of the North Pacific Ocean (205 UNTS 65); the Interim Convention on Conservation of North Pacific Fur Seals (314 UNTS 105); the Treaty Concerning Fisheries on the High Seas in the Northwest Pacific Ocean (53 AJIL 763 (1959); Northeast Atlantic Fisheries Convention (NEAFC) (486 UNTS 157); the Agreement between USA and USSR relating to Fishing for King Crab (TIAS no 5752); the International Convention for the Northwest Atlantic Fisheries (ICNAF) (157 UNTS 157); the Convention on the Conservation of the Living Resources of the Southeast Atlantic.[8]

Regarding the conduct of fishing operations mention can be made of the Fishery Agreement between the United Kingdom and Norway (HMSO Com Pap no 1224) and the Convention on Conduct of Fishing Operations in the North Atlantic.[9] This latter Convention was designed to replace the 1882 Convention Regulating the Police of the North Sea Fisheries[10] which can be regarded as being the first multilateral convention which incorporated a system of mutual enforcement. The "conduct of fishing operations" in this connection relates to the identification and marking of fishing vessels and gear, signals to be used by fishing vessels and certain rules which must be observed by such vessels on fishing grounds.

As regards the legal form and effects of the so-called international control system in all cases (except the Whaling Convention, NEAFC and ICNAF) the control system is set out in detail in the body of the Convention itself and is therefore *binding* on all the parties to the Convention. The 1967 London Convention does however permit states to make reservations with respect to that part of the international control system which relates to the

---

[7]South Africa is a party to this Convention.

[8]supra.

[9]See D W van Lynden "The Convention of Conduct of Fishing Operations in the North Atlantic" (1967) 14 *Ned Tijd voor Intern Recht* 245. Also known as the 1967 London Convention.

[10]*UN Leg Series, Laws and Regulations on the Regime of the High Seas* vol I 238.

boarding and inspection of vessels flying their flag by officers of other contracting parties. These reservations may not be general but must be made specifically with respect to one or more of the other contracting parties. NEAFC, ICNAF and the Whaling Convention merely provide that the commission they establish may recommend measures of international control. The Whaling Convention, which neither provided for an international control system nor authorized the commission it established to deal with methods of inspection, was specifically amended to add this subject to the list of matters which the commission was competent to consider.[11] A similar procedure was followed in the case of ICNAF by means of the adoption of a protocol[12] amending the Convention.

The basic difference between conventions that embody a detailed international control system and those that merely enable the commission they establish to deal with the matter is that in the latter case international control systems drawn up by the commissions do not automatically bind the parties, since these commissions are not vested with the power to make decisions. They may, however, make recommendations of a potentially binding nature. NEAFC (arts 8, 9 and 10) and ICNAF (art VIII) make provision for objecttions to such recommendations which will enter into force for individual member states which do not object to them within a given time limit.

The Atlantic Tuna Convention (1966) art IX(3) declares:

> "The Contracting Parties undertake to collaborate with each other with a view to the adoption of suitable effective measures to ensure the application of the provisions of this Convention and in particular to set up a system of international enforcement to be applied to the Convention area except the territorial sea and other waters, if any, in which a State is entitled under international law to exercise jurisdiction over fisheries."

This text leaves open the question of how any eventual international control scheme is to be introduced. It also leaves open the question of whether the system to be adopted in the future would vest international control powers in the commission itself or whether the individual parties to the Convention should exercise such powers with respect to each other. This article finds an echo in art X(3) of ICSEAF supra.

AREA TO BE CONTROLLED

A common feature of the control systems provided in the above examples of fishery agreements is that they do not apply to the territorial sea of the parties. This exclusion emanates from the fact that the convention embodying an international control system for the implementation of its provisions is not, as a whole, applicable to the territorial sea of the parties. Examples are ICNAF (art I(V); the North Pacific Fisheries Convention (art I(1)); the Japan-USSR Treaty for the Northwest Pacific (Art I(1); and the USA-USSR King Crab Agreement.

---

[11]See infra.
[12]29 Nov 1965.

There are conventions that include the territorial sea of contracting parties in their area of application, but specifically provide that the international control system they set up – or contemplate setting up – will operate only on the high seas or at sea except the territorial sea. Examples are the Halibut Convention (art II(1)); the Sockeye Salmon Convention (art IX); the Fur Seal Convention (art VI(1); and the NEAFC Convention (art 13(3)).

CONTROL SYSTEMS

International control systems fall basically into two categories. The one makes provision for specially authorized officers of one contracting party on board vessels flying its flag to board and inspect the vessels of another contracting party on the high seas. In some instances provision is made for authorized officers – upon ascertaining that an infringement of the convention or regulations adopted thereunder has been committed – to seize the offending vessel or to arrest persons on board and to hand them over to the authorities of the flag state of the vessel.

Art IX of the Sockeye Salmon Convention eg declares:

"Every national or inhabitant, vessel or boat of the Dominion of Canada or of the United States of America, that engages in sockeye salmon fishing on the High Seas embraced in paragraph numbered 1 of Article 1 of this Convention, in violation of an order or regulation adopted by the Commission, under the authority of this Convention, may be seized and detained by the duly authorized officers of either High Contracting Party, and when so seized and detained shall be delivered by the said officers, as soon as practicable, to an authorized official of the country to which such person, vessel or boat belongs, at the nearest point to the place of seizure, or elsewhere, as may be agreed upon with the competent authorities. The authorities of the country to which a person, vessel or boat belongs alone shall have jurisdiction to conduct prosecutions for the violation of any order or regulation, adopted by the Commission in respect of fishing for sockeye salmon on the High Seas embraced in paragraph numbered 1 of Article 1 of this Convention, or of any law or regulation which either High Contracting Party may have made to carry such order or regulation of the Commission into effect, and to impose penalties for such violations; and the witnesses and proofs necessary for such prosecutions, so far as such witnesses or proofs are under the control of the other High Contracting Party, shall be furnished with all reasonable promptitude to the authorities having jurisdiction to conduct the prosecutions."

Art VI of the Fur Seals Convention declares:

"In order to implement the provisions of Article III, the Parties agree as follows:
1 When a duly authorized official of any of the Parties has reasonable cause to believe that any vessel outfitted for the harvesting of living marine resources and subject to the jurisdiction of any of the Parties is offending against the prohibition of pelagic sealing as provided for by Article III, he may, except within the territorial waters of another State, board and search such vessel. Such official shall carry a special certificate issued by the competent authorities of his Government and drawn up in the English, Japanese, and Russian languages which shall be exhibited to the master of the vessel upon request.

2 When the official after searching a vessel continues to have reasonable cause to believe that the vessel or any person on board thereof is offending against the prohibition, he may seize or arrest such vessel or person. In that case, the Party to which the official belongs shall as soon as possible notify the Party having jurisdiction over the vessel or person of such arrest or seizure and shall deliver the vessel or person as promptly as practicable to the authorized officials of the Party having jurisdiction over the vessel or person at a place to be agreed upon by both Parties;

provided, however, that when the Party receiving notification cannot immediately accept delivery of the vessel or person, the Party which gives such notification may, upon request of the other Party, keep the vessel or person under surveillance within its own territory, under the conditions agreed upon by both Parties.

3 The authorities of the Party to which such person or vessel belongs alone shall have jurisdiction to try any case arising under Article III and this Article and to impose penalties in connection therewith.

4 The witnesses or their testimony and other proofs necessary to establish the offence, so far as they are under the control of any of the Parties, shall be furnished with all reasonable promptness to the authorities of the Party having jurisdiction to try the case.

5 Sealskins discovered on seized vessels shall be subject to confiscation on the decision of the court or other authorities of the Party under whose jurisdiction the trial of a case takes place.

6 Full details of punitive measures applied to offenders against the prohibition shall be communicated to the other Parties not later than three months after the application of the penalty."

The other system is one established by the Agreement Concerning an International Observer Scheme for Factory Ships engaged in Pelagic Whaling in the Antarctic,[13] under which observers to be appointed by the International Whaling Commission were to be placed on board the factory ships themselves.

Conventions providing for an international control system are usually silent on the type of vessel to be used for carrying out inspections. The 1960 Fishery Agreement between the United Kingdom and Norway however refers to "fishery protection vessels of each Contracting Party recognized as such by the other Contracting Party"[14] to be used in the policing of fisheries. The 1967 London Convention appears to authorize the use of any type of vessel for inspection purposes. The sole restriction is that inspectors must carry out boarding and inspection activities or communicate with vessels from surface craft. A further provision provides that vessels carrying inspectors shall fly a special flag or pennant in a form to be agreed by the contracting parties.[15] Since several types of vessel are in practice used for inspection purposes, it is desirable for all states participating in control systems to be advised of the names and description of these vessels. The NEAFC Scheme of Joint Enforcement prescribes that the names of such vessels shall be notified to the commission.[16] Art 9(3) of the 1967 London Convention contains a similar provision declaring that the parties shall communicate the names of inspection ships to another party upon its request.

Persons entrusted with the enforcement of the international control system are called "authorized officers" or "authorized officials" – there is usually no specification as to their qualifications. The 1960 Fishery Agreement between the United Kingdom and Norway provides that inspection

---

[13]Fifteenth Report of the International Whaling Commission Appendix III 23–26. This agreement which was concluded outside the Whaling Convention and has now formally expired, never entered into force.

[14]annex I art 20(1).

[15]art 1(2), annex VI(8).

[16]par 2.

activities shall be performed by commanders of fishery protection vessels who must be naval officers or officers holding commissions.[17] The NEAFC Scheme of Joint Enforcement states that international control shall be carried out by inspectors of the fishery control services of contracting states.[18]

As to the types of vessel which may be subjected to international control, most conventions refer to "fishing vessels" or "vessels engaged in fishing". These descriptions have undergone a change however due to the increasing use of factory ships and other vessels accompanying long distance fishing expeditions and greater clarity and precision has been called for. The NEAFC Scheme refers to vessels employed for the time being in "fishing for sea fish" or "in the treatment of sea fish".[19] The 1967 London Convention again defines "fishing vessel" and "vessel". The former is limited to vessels engaged in the business of catching fish. The latter embraces vessels engaged in the business of processing fish or providing supplies or services to fishing vessels.[20] The international control system laid down in the 1967 London Convention applies to "vessels".

A further lack of uniformity is to be found in the circumstances in which boarding and inspection measures are permitted and carried out. Under the NEAFC Scheme of Joint Enforcement and the King Crab Agreement e g vessels on the high seas flying the flag of a party to an international control system may be boarded and inspected by the authorized officers of another party without necessarily suspecting or observing an infringement of the convention. Other conventions lay down certain conditions for inspection activities in that the authorized officer must have reasonable cause to believe that an infringement is being or has been committed. Examples are the Fur Seal Convention art VI(1); the Japen-USSR Treaty for the Northwest Pacific art VII(1) and the 1960 Fishery Agreement between the United Kingdom and Norway annex 1 art 22. The 1967 London Convention declares that the authorized officer must first seek to obtain the necessary information from the vessel and only if he considers the matter sufficiently serious may he order the vessel to stop and if necessary board and investigate. An authorized officer may not however board the vessel of another contracting party if an authorized officer of that contracting party is available and in a position to do so himself.[21] The North Pacific Fisheries Convention which envisages abstention from fishing in given areas states that the mere presence of a vessel of a contracting party in those areas is sufficient cause for authorized officers to board and inspect such vessels.[22]

Some international control systems go beyond mere boarding, inspection and reporting and provide that where a violation of the convention has been ascertained, the offending vessel or person may be seized or arrested. Such vessel or person shall then be delivered to the authorized officials of

---

[17]annex 1, arts 20 21.
[18]par I.
[19]par II.
[20]art I(2).
[21]art 9(5) and (12).
[22]art X(1)(a).

the contracting party to which they "belong" or which has "jurisdiction" over them.[23]

A characteristic of the existing international control systems is that the ultimate jurisdiction over vessels or persons is vested in the authorities of the flag state of the vessel. All prosecutions and sanctions are thus the prerogative of the flag state. The legal consequences for infringements differ therefor according to the legal system of the state having jurisdiction in the matter. Because inspectors cannot themselves impose any form of sanction and the action to be taken as a consequence of their inspection of foreign vessels lies with the authorities of the flag state of the vessel, it is desirable that the flag state should inform other contracting parties of the action it has taken.

INTERNATIONAL ENFORCEMENT

To date no international organization is responsible for the enforcement of a fisheries agreement. An attempt to establish such a system was made by the International Whaling Commission. Unfortunately, this attempt failed to materialize and the scheme was never put in force. Its unique approach to the problem of enforcement does nevertheless merit a discussion in this article.

Article I of this Whaling Observer Scheme[24] provided that:

> "observers shall be appointed by the International Whaling Commission to expeditions engaged in pelagic whaling in the Antarctic under the flags of member countries. These observers shall be responsible to the Commission . . ."

Each party could nominate to the commission a number of observers which was, at most, equal to the number of foreign expeditions and at least equal to the number of expeditions under its own flag. From this nomination the commission could appoint one observer to each expedition in such a way that the number of observers of each nationality is equal to the number of factory ships of that country. The remaining observers were to be appointed to such expeditions as the nominating government required, provided that not more than one observer of the same nationality served on any expedition. The requirement that observers were to have a different nationality from the vessel on which they serve, was not expressly formulated.

Article 2 dealt with the rights and functions of observers. Paragraph 2 declared that as a general rule

> "An observer shall be enabled to observe freely the operations of the expedition to which he is appointed, so that he may verify the observance of the provisions of the Convention and the Schedule in regard to the taking of whales and their rational utilization."

---

[23]The Halibut Convention art II(1); the Sockeye Salmon Convention art IX; the Japan-USSR Treaty for the Northwest Pacific art VII(2) and the North Pacific Fisheries Convention art X(1)(b) use the term "belong". The Fur Seal Convention art VI(2) uses "jurisdiction".

[24]Agreement concerning an International Observer Scheme for Factory Ships Engaged in Pelagic Whaling in the Antarctic.

The master of the expedition had a general obligation to supply observers with all information necessary for the discharge of the observer's functions. The observers were to have no administrative powers with regard to the activities of the expedition and were to have no authority to interfere in any way with those activities. Observers could only receive instructions from the commission. They were required to draw up reports of any infraction. These reports were to be submitted to the master of the expedition for information and comment. With this comment the reports were to be submitted to the secretariat of the commission. The procedure was to be carried out on an emergency basis if the infraction was serious and not due to an excusable error.

The Whaling Commission made a sincere attempt to incorporate by its scheme a truly international enforcement system. If this scheme were realized, an international fisheries commission would have been in charge of the enforcement of an international fisheries convention.

BILATERAL ARRANGEMENTS

Occasionally parties make bilateral arrangements whereby they station inspectors on board each other's vessels or in their ports. These obligations are independent of those provided for in the conventions themselves. Eg in the case of the Japan-USSR Treaty for the Northwest Pacific – which in fact provides for a control system including the right to board, inspect and seize vessels – the parties in 1965 informally agreed on the supervision of the Japanese salmon fishery in a specific part of the convention area by Soviet inspectors carried aboard Japanese patrol vessels.[25] In 1966 the control system provided for in the Convention was further supplemented by an informal agreement permitting Soviet officials to be present at Japanese fishing bases in Hokkaido in order to inspect the counting of fish catches.

In cases where no control system has been devised, bilateral arrangements are made whereby inspectors of one state are carried on the vessels flying the flag of the other state in order to acquire practical experience of other national enforcement systems and to promote the concept of international inspection. This is done among member states of ICNAF. The Commission of ICNAF has recommended that in order to gain experience in each other's enforcement procedures and problems, invitations be given to enforcement officers of member countries to accompany the inspection officers of other countries on their work.

EFFECTIVE ENFORCEMENT

The effectiveness of a system of enforcement of fishery agreements on the high seas depends on many factors. Not only must it be effective but it must be applied in a nondiscriminatory way. Not only should it be very difficult for any fishing vessel to violate the regulations applicable in a certain area without punishment, but should it not be easier for violating vessels of one nationality to escape detection than for vessels of another nationality.

---

[25] *Commercial Fisheries Review* (27) no 6 (1965) 44.

Although states have manifested their willingness to relinquish some of their sovereign rights by consenting to the inspection, and in some cases to the seizure, of ships flying their flags on the high seas, there have been certain rights which they were not ready to abandon. In all cases the power to impose sanctions with respect to offences is retained by the state that has jurisdiction over the person or vessel having committed the offence. Moreover, in spite of the fact that a number of conventions apply to all the waters of a given area, in no case is an international control system made applicable to the territorial sea of any state.

International control systems will certainly acquire added importance as more conservation measures are adopted since these measures will probably involve to a much greater extent the limitation of fishing efforts and the laying down of catch quotas. Ways will have to be found to ensure *effective* enforcement of such measures. An escalation of present control systems and an increased emphasis on international control at landing stations plus recourse to the services of foreign inspectors who would accompany fishing expeditions, can be expected. Despite the limitations inherently present in international control systems now in force or being planned, the various systems do constitute significant evidence of the willingness of states to restrict, in the common interest, the freedom that international law at present allows them in the exploitation of the resources of the sea.

THIRD LAW OF THE SEA CONFERENCE

Even if the Third Law of the Sea Conference does manage to get an uniformly accepted territorial sea limit and also if this Conference gets finality on the limits of *coastal state jurisdiction beyond the territorial sea*[26] (and also on the precise legal content of this term), an area of high seas will remain together with all the existing problems regarding enforcement of fishery agreements applicable to the high seas. Coastal state resource jurisdiction beyond the territorial sea will undoubtedly take the pressure off present high seas fishery enforcement problems – but for how long?

The problem of coastal state resource jurisdiction beyond the territorial sea involves more interests of more states than any other problem in the law of the sea negotiations. It is therefore not surprising that more proposals of more different countries deal with this problem, or certain aspects of it, than with any other. Ten of some 27 different resource proposals deal with the concept of a coastal state exclusive economic zones or analogous approaches, and their application. Six deal essentially with the problem of landlocked and other geographically disadvantaged states. Four deal primarily with delimitation between opposite or adjacent states. Three concern only seabed resources, while nine primarily concern fisheries.

The Declaration of Santo Domingo and the Report of the Yaounde Seminar as well as draft articles by Kenya set out the concept of an exclusive economic zone or patrimonial sea. The Moscow Declaration and fisheries

---

[26]The "economic zone" or "area of coastal state resource jurisdiction".

proposals by the USSR and Japan emphasized an international approach to fisheries problems. Canada and the United States addressed with greater precision the problem of harmonizing coastal state jurisdiction with the objectives of fisheries management, while Australia and New Zealand took a step toward reconciling the alternatives. Both the Santo Domingo Declaration and the later Declaration of the Organization of African Unity were refined into treaty texts. A specific application of the concept of the exclusive economic zone to fisheries was incorporated in a proposal introduced by six states from different regions.

One underlying assumption of all these proposals seems to have been that the non-resource uses referred to in the High Seas Convention will be protected beyond a 12-mile territorial sea. Some of the proposals specifically recognize freedoms of navigation, overflight, and the laying of submarine cables and pipelines, while others use more general formulations. Another common element has been the establishment of extensive coastal state rights over resources which includes fisheries. As for the limits of this coastal state economic jurisdiction, the distance of 200 nautical miles has the broadest support, particularly among proponents of an exclusive economic zone. For some, particularly African, states this is a uniform limit proposed for a coastal zone involving jurisdiction over fisheries, seabed minerals, pollution, and scientific research. For others, including most Latin American states and other states with broad continental margins, jurisdiction over seabed resources (but not fisheries) would extend to the outer edge of the continental margin beyond 200 miles.

Finally, there appears to be increasing recognition that coastal state jurisdiction over fisheries will be accompanied by treaty obligations regarding access by other states in specified circumstances.

Without in any way underestimating the importance of seabed mineral resources, one may state that the complexity of the fisheries problem is probably without parallel in the law of the sea negotiations. There appear to be few if any states that would be unaffected by alteration in the international rules affecting the supply of protein from the sea. There appears to be wide agreement that any fisheries regime should promote the following objectives:

(i) *Conservation.* Overfishing can seriously reduce the availability of fish for future years.

(ii) *Maximum utilization.* Underutilization of renewable resources is wasteful and clearly undesirable.

(iii) *Equitable allocation.* It appears to be widely recognized that the coastal state should, in principle, have first call on access to fish stocks off its coast to the extent of its capacity to fish.

(iv) *Economic efficiency.* There is growing concern that excess fishing capacity at least in some areas, is causing smaller economic returns, raising the price of fish, and complicating efforts to ensure conservation and equitable allocation of fish stocks.

The fisheries proposals submitted deal with three types of questions among others: jurisdiction to manage fisheries and co-ordination of fisheries management; conservation and other duties of the manager; and allocation. The draft articles on fisheries submitted by Canada, India, Kenya, Madagascar, Senegal and Sri Lanka include an exclusive fishery zone conterminous with the exclusive zone and are in essence an elaboration of the concept. These articles include additional management provisions on specific fisheries problems:

(i) They recognize the coastal state's special interest in the maintenance of the productivity of living resources in the area adjacent to the zone and give it preferential rights to those resources based on harvesting capacity, and authority to take measures pursuant thereto.

(ii) The states of a region may regulate living resources beyond the zone when the resources are of limited migratory habits and breed, feed, and survive on the resources of the region.

(iii) In respect of fisheries of highly migratory habits outside the limits of the zone, regulations would be made by the authority designated for that purpose.

(iv) A blank article is included on "anadromous species", such as salmon, which breed in rivers but migrate far out to sea.

The Australia-New Zealand paper states that the basic concept would be to establish coastal state responsibilities and control over the coastal species, described as non-sedentary, free swimming species that inhabit nutrient bearing areas adjacent to the coast. The US draft articles do not include a specific limit, but provide for coastal state jurisdiction over coastal species to the full extent of their migratory range offshore, jurisdiction by the coastal state of origin over anadromous species such as salmon throughout their migratory range beyond the territorial sea, and management of highly migratory species such as tuna by international or regional organizations. The Soviet draft articles preserve the regulatory functions of existing international fisheries organizations for the future but provide that in areas where they do not exist, the coastal state may establish measures itself in areas directly adjacent to a 12-mile limit, in agreement with states also engaged in fishing in the areas. The Japanese draft articles provide for coastal state special interests and preferential rights in adjacent waters, to be implemented by agreement with other states concerned. Highly migratory and anadromous species would be exempt from such special interests and rights.

All proposals contemplate that the coastal state can at least reserve to its own vessels that portion of a stock of coastal species that its vessels can harvest and that this preference would increase with harvesting capacity, although the Soviet articles provide for the continuation of existing regional arrangements and exclude developed coastal states. The Japanese articles restrict the preference to a "major portion" of the stock and contain special limitations on the preferential rights of developed coastal states.

In the absence of special provisions, a 200-mile exclusive economic zone would presumably include an exclusive or preferential right with re-

spect to anadromous and highly migratory species in the zone as well as coastal species. The US and Soviet proposals apply a preferential right to anadromous species throughout their migratory range, which is frequently well beyond 200 miles; the Japanese proposal excludes anadromous species. The US and Japanese proposals exclude highly migratory species from coastal state jurisdiction. The effect of the articles introduced by Canada and other in respect of highly migratory and anadromous species is unclear, although Canada has endorsed control of anadromous species by the coastal state of origin.

CONCLUSION

There have been two periods of massive fishery development in modern history. The first one occurred during the late nineteenth and early twentieth century. This was limited however more or less to European and North American nations and Japan. The second massive wave of development came after World War II and we are still seeing its global effect. The overall rate of growth in the last ten to fifteen years has been roughly 6 per cent per annum in total production. Peru has become a great fishing nation (landing the largest volume of fish in the world). Japan has developed mothership-type fisheries of various kinds. The Soviet Union has developed its distant-water fisheries. Many European countries have embarked on great expansion projects as regards their sea fishing industries.

All this has made both scientists and industrialists seriously concerned about the future prospects of fish production from the sea. The living resources of the sea are not inexhaustible. Control of these resources can only be brought about by effective enforcement. □

Some Historical Aspects of Supervening Impossibility of Performance of Contract

WA Ramsden QC

University of Natal

When it becomes apparent that a party to a contract is unable to perform one or more of his obligations under that contract the first question we, as lawyers, ask ourselves, is whether the impossibility of performance existed at the time when the contract was entered into or whether it came into being subsequently, the former being termed initial impossibility of performance and the latter supervening impossibility of performance. This is the first major classification which our law makes and it is one which is also made in other legal systems, being a traditional as well as a logical separation of the two kinds of impossibility handed down to us from Roman law.

Roman law employed the word *impossibilitas* only in connection with initial impossibility[1] and for supervening impossibility used the word *casus*,[2] (which in this context means an accident or chance occurrence).

Roman law divided contracts into those which were *stricti juris* and those which were *bona fidei* according to the forms of action which, in terms of their rules of civil procedure, were available to parties seeking to enforce contractual rights. Some contracts, like *stipulatio*, were *stricti juris*. They comprised the more ancient system of contractual obligations; all the obligations in this class being unilateral. The later system of contractual obligations was *bonae fidei* and the obligations in this class were generally bilateral.[3]

Stricti juris actions could lie for a *certum*[4] or could be brought with the *formula incerta*.[5] In both cases the judgment had to consist in the award of a

---

[1]See W W Buckland "*Casus* and Frustration in Roman and Common Law" 1932–1933 *Harvard Law Review* 1281; and Professor Mr R Feenstra *Verandering van Omstandigheden en Trouw aan het Gegeven Woord* 493 at 497.

[2]Buckland *op cit* 1281. As to the meaning of the word *casus* as used in the sources, see Mommsen "About the Impossibility of Performance and its influence on contractual relationships" in *Contributions to the Law of Contracts* 1st part 1853 p 241–7. See also Bernhard Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* § 264 5.

[3]Buckland *op cit* 1281.

[4]Whether *certa pecunia, certum dare* or *certam rem reddere*.

[5]Max Kaser *Roman Private Law* 2nd ed (1968) Durban § 34 II.

definite sum of money (*condemnatio pecuniaria*),[6] for until the introduction of the *extraordinaria cognitio* procedure the Roman courts had no power to order specific performance.[7] They had to content themselves with attempting to compel specific performance indirectly by making the judicial assessment (*litis aestimatio*) payable in the case of non-performance so high that it was in the judgment debtor's interests to make the performance promised rather than to "buy it off" by paying the sum awarded (*condemnatio pecuniaria*).[8] The judgment, however, could be and was always satisfied by payment of the sum awarded.[9] Hence, strictly speaking, it should have been irrelevant whether actual performance was possible, for the Romans, like us, never regarded mere inability to pay as amounting to impossibility of performance, whether in the sense of *impossibilitas* or of *casus*.[10] It is, therefore, difficult to see why impossibility of performance, whether initial or supervening, came to be regarded as an excusing factor,[11] particularly in actions with a *formula incerta* where the judge was instructed to condemn the defendant in whatever he ought to perform to the plaintiff.[12]

Ernst Rabel[13] has pointed to certain factors which he feels have played a role in the development of initial impossibility of performance, viz the considerations of fraud, jest, donation, error, fault, public policy (ie the application of the *contra bonos mores* rule) and lack of pecuniary damage.[14] The last two could equally apply to supervening impossibility of performance. Dieter Medicus[15] stresses a further factor, viz the practical difficulty of estimating in litigation the value of a non-existent *res* in early times, probably (as it was not always easy to get the defendant into court) a considerable time after it had ceased to exist. The performance *had* to be capable of evaluation in terms of money,[16] and if no reliable estimate could be arrived at, no action could be given.

Whatever the reasons which led to the development of the rules, the Romans recognised that impossibility of performance, whether initial or supervening, would absolve a promissor from his duty to perform, though the rule was applied differently to each of these two types of impossibility.

The releasing effect of supervening impossibility of performance appears to have been applied to stipulations at a fairly early date. Thus, if A promised to give B a specific *res* which was accidentally destroyed before it

---

[6]Kaser *op cit* § 34 II 2d.

[7]See Kelly *Roman Litigation* Oxford (1966) 69 f.

[8]*ibid.* See also Kaser *op cit* § 34 I 2d.

[9]Dieter Medicus "Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht" 1969 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* LXXXVI *Band* (*Rom Abt*), 67 at 92 & 102/3.

[10]W W Buckland, "The Nature of Contractual Obligations" 1942–4 *Cambridge L J* 247 at 248; Medicus *op cit* 67.

[11]Medicus *op cit* 73.

[12]Kaser *op cit* § 32 II 5.

[13]*Grundzüge des römischen Privatrechts* (1915) § 77, referred to by Medicus *op cit* at 80.

[14]See also *Gai Institutiones* 3 97, 97c and 99.

[15]*op cit* 80.

[16]See Kaser *op cit* § 34 I 2d.

was due to be handed over to B, A was released from his obligation to give it to B and did not have to pay B the value of the *res*.

Since business transactions are usually bilateral, in the older system of Roman law parties frequently gave reciprocal stipulations.[17] The question now arrises what would the position be if only one of the stipulators found that, through no fault of his own but because of *casus* it was impossible for him to fulfil his stipulated promise? In such cases whether the counter-stipulator has done anything in fulfilment of his own stipulation or not, the stipulator would be released from his obligation, provided that the impossibility was not due to his fault, but there is no clear answer in the early Roman law as to whether the counter-stipulator was released from his reciprocal obligation if he had not performed, or if he had performed, whether he could recover what he had already given. The only text which at first glance appears to be relevant is *D* 12 7 1 2 which reads: "Whether the promise was made without consideration in the beginning or was made in consideration of a promise which has terminated,[18] or failed to take effect, a *condictio* will lie for the recovery of anything paid under it",[19] but as Buckland points out[20] "that refers merely to non-performance and should not be confused with release by *casus*". It would seem that the other party would still be bound and there is no indication that an equitable release whether by *exceptio doli* or otherwise was applicable. The release was only of the party whose obligation had become impossible of performance and nothing more.

The question whether release of one party by *casus* would absolve the other of his duty to perform his reciprocal obligation arose directly in the case of the *condictiones*, particularly the *condictio ob rem dati*, or *condictio causa data causa non secuta* as it was known to Justinian.

In classical Roman law only certain kinds of agreement were legally enforceable. A contract which did not fall into one of the recognised legal categories, such as a contract for mutual services, exchange or a similar transaction[21] was incapable of being enforced and if one party had performed he had no means of compelling counter-performance by the other. To alleviate the injustice thus occasioned, the civil law provided the *condictio ob rem dati* to enable the party at least to recover what he had given under the unenforceable contract, thus creating a unilateral obligation to perform, analagous to that under *stipulatio*.[22] And, as Buckland points out: "We should thus expect here, as there, however unfair it may appear, *casus* would relieve the receiver" of his obligation to perform what he had promised under the unenforceable contract, "and, since this was release and no more, the receiver would be under no obligation to restore what had been received. And so it is laid down in various texts."[23]

---

[17]Buckland "*Casus* and Frustration" 1281.
[18]Munro uses the word "exhausted".
[19]My translation.
[20]Buckland "*Casus* and Frustration" 1281.
[21]*ibid* 1282.
[22]*ibid.*
[23]*ibid.*

Thus in *D* 12 4 3 it is provided that if I agree to perform a certain obligation towards you if you for your part will manumit a certain slave and the slave dies through no fault of yours before I have performed, you may nevertheless bring an action to compel performance. There are texts to the contrary, eg *D* 12 4 16 and even texts where disagreement on the point is adverted to (eg that between Celsius *pater* & *filius*,[24] between *Aristo* & *Celsus*[25] and between *Julian* & *Maurician*[26]) but the contrary texts[27] mostly relate to the promise of a *dos* where the marriage has since become impossible (in which equitable solutions are common) or to *donatio sub modo* (in which generally the transfer of the property donated is conditional).[28] As Buckland points out:[29] "The weight of the texts, at least in commercial cases, is heavily against recovery from the recipient of performance upon release by *casus*".[30] It seems, then, that retention was the general rule in the field of *stricti juris* relations, including the *condictio ob rem dati*, and that equitable relief was only sporadically applied and then generally in non-commercial cases.[31]

The position was otherwise in the later *bona fidei judicia*, although the same rule was applied with equal rigour. "*Casus* in Roman law was essentially unilateral in its effect. If both parties are relieved by *casus*, it is only where the *casus* makes both performances impossible. That the other party is also released in most *bona fidei* contracts rests not upon release by *casus*, but on the very different principle that *ex fide bona* a party ought not to be called upon to pay for a service he has not had"[32] or, if he had already paid, that he ought to recover anything paid for the performance which had become impossible.[33] *Bona fides* in Roman law was not merely restricted to absence of fraud. It even went beyond requiring each party to do all that is necessary to fulfil the purpose of the contract and to refrain from doing anything which would defeat or nullify that purpose. He is obliged to do what he can to fulfil the reasonable expectations of the other contracting party.[34] The development of the concept of *bona fides* seems to have been accompanied by

---

[24]*ibid* 1283 n 12.

[25]Dr Hans-Peter Benöhr *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts* (Hamburg 1965) 14.

[26]*ibid.*

[27]eg *D* 12 4 16; 12 7 5; 27 6 4 (*arg*); 39 5 2 7 f. The texts show that a buyer was able to defend himself with the aid of an *exceptio* (eg the *exceptio mercis non traditiae*) if he has to pay for a *res* as the result of a stipulation and has not yet received the *res* (Benöhr *op cit* 54) but this does not refer to cases of impossibility at all.

[28]Buckland "*Casus* and Frustration" 1283. See also T Mayer-Maly: "*Perpetuatio obligationis*: *D* 45 1 9 1" 1956 *Iura* 6 at 12.

[29]*ibid.*

[30]It is not proposed to deal with the difficult texts eg *D* 19 1 50 about which there is much controversy, see Benöhr *op cit* 82 f. Pugsley "*D* 19 1 50" (unpublished) and Hoetink *Periculum est Emptoris* (Haarlem 1928). It was probably, as Benöhr says, a "welfare *lex*" (*op cit* 86).

[31]Buckland "*Casus* and Frustration" 1287. See also generally on this topic C Hartmann 1884 *Jahrbuch für Dogmatik* 417.

[32]*ibid.*

[33]*ibid* 1288.

[34]Buckland "*Casus* and Frustration" 1286; Kaser *op cit* § 36 III 1; Feenstra *op cit* 504 and Benöhr *op cit* 267 62.

and probably connected with a dawning realisation of the mutually interdependent nature of performance and counter-performance, certainly in some of the newer, consensual contracts which had come into being.

Synallagma is a useful modern term employed to describe this mutual interdependence of reciprocal obligations.[35] It was originally a Greek word with a very wide and indefinite area of meaning[36] and although it was used by the Roman jurists Labeo and Aristo it was not used by them in the more restricted and specialised sense used here.[37] Nevertheless the *synallagmatic* nature of certain contracts, notably *locatio conductio* and *emptio venditio*,[38] came to be recognized and enforced by the Romans more and more as time went by, although retarded by the shortcomings of the procedural remedies available.

A modern writer[39] has classified *synallagma* into three types – genetic *synallagma* (which is to the effect that if one obligation does not come into being then the counter-obligation will not be created), conditional *synallagma* (where one obligation expires, the counter-obligation will also disappear) and functional *synallagma* (if the fulfilment of one obligation is demanded then the counter obligation has to be satisfied).[40] Genetic *synallagma* would appear to relate exclusively to initial impossibility and cases where there has been an initial failure of contract and so does not concern this article. It is principally into the field of conditional *synallagma* that cases on supervening impossibility of performance fall. The analysis, however, though interesting, is not of much importance to this article. It will be sufficient to say that as a result of the growing importance of the notion of *bona fides* there gradually developed a concept in classical times[41] that performance and counter-performance were, subject to certain exceptions, interdependent. This was particularly so in the newer, consensual contracts of *locatio conductio* and *emptio venditio* where, however, a doctrine of risk (*periculum*) evolved. The relationship between the doctrine of risk and the rules relating to supervening impossibility of performance will not be examined at length in this article, but it may here be stated that it provided an exception to the notion of *synallagma*,[42] whereas the doctrine of impossibility of performance falls within the concept of *synallagma* and, it is submitted, developed as a part of it.

D 12 4 16 illustrates the difference neatly. In this passage Celsus imagines a situation where I give you a sum of money if you will give me the slave Stichus. According to Celsus this transaction is not a sale but a case where the *condictio ob rem dati re non secuta* would apply. He then premises three possible events, the first of which constitutes supervening impossibility of perform-

---

[35]Indeed it was not used in this sense until the sixteenth century. Benöhr *op cit* 118. For modern examples of its application in our law, see *Hauman v Nortje* 1914 AD 293 and *Koenig v Johnson & Co Ltd* 1935 AD 262.
[36]Benóhr *op cit* 8.
[37]*ibid* 8 f 16 and 19.
[38]*ibid* 100.
[39]Benöhr *op cit.*
[40]*ibid* 1.
[41]*ibid* 34 39 45 94 95 114 116 & 118; see also p 100.
[42]*ibid* 97 & 117.

ance, namely that Stichus had died after the conclusion of the contract with you and before he has been handed over to me and concludes that I would have the right to recover the money paid over to you. The express explanation that the transaction is not to be judged on the analogy of sale is important, for otherwise the rule *periculum emptoris* would apply and a buyer of Stichus in those circumstances would have no right to recover his purchase price.[43]

In lease also, the doctrine of risk (*periculum*) resulted in exceptions to the strict mutual interdependence between performance and counter-performance. For example, if a tenant farmer was unable to produce a crop because of *vis major* such as floods, landslides, night frost, excessive heat, devastation by Roman or alien soldiers or by robbers or pirates, he was excused from his obligation to pay rental.[44] There was, however, no release arising from disadvantages *ex ipsa rei oriantur*, such as the "flipping over" of wine, the destruction of crops by insects or the choking of crops by weeds, because these causes of damage were regarded as falling more within the tenant's sphere of influence.[45]

The *synallagma* was, then, forced into the background by the doctrine of risk in both *emptio venditio* and *locatio conductio*[46] wherever that doctrine applied. As Benöhr puts it: "Here a ruling is favoured which takes into account the financial factors in a better way than the strict principle of the *synallagma*."[47] Possibly, if I may hazard a guess, commercial practice had much to do with the development of the doctrine of risk (particularly in sale), much as it has in modern times with the emergence of the expedition theory of acceptances sent through the post, and this practice no doubt rested to a large extent upon commercial convenience and acceptable public policy.[48] But, quite possibly, it also had its roots in long-standing tradition, and Buckland[49] has suggested that if sale was a simplification of two stipulations, as is sometimes contended, the fact that only the stipulator whose promise had subsequently become impossible of fulfilment was thereby excused from his obligations, whereas the counter-stipulator was not, might account for the exceptional rule that the risk in the *merx* passed to the buyer even though there had been no transfer of ownership in the *merx* to him; the rule of the old *stricti juris* reciprocal stipulations impressing itself by tradition and usage, as it were, on the later *bona fidei* contract of sale.

Leaving out of account the rules of *periculum*, the general rule of Roman law, then, was that a *bona fidei* contract which had subsequently become impossible of performance on one side in effect released *both* parties from their duties to perform under it and, if one party had already performed before

---

[43]*ibid* 91.
[44]*ibid* 106–7; see also Buckland "*Casus* and Frustration" 1285.
[45]Benöhr *op cit* 107 & 118.
[46]This included *locatio conductio operarum* and *locatio conductio operis faciendi*, see Buckland "*Casus* and Frustration" 1290 & 1293.
[47]*op cit* 108 (my translation) also 117–8.
[48]See remarks *ibid* 117–8; for example, in lease, as we have seen, the "sphere of influence" notion prevailed. Benöhr says that the reasons were probably largely social (*op cit* 108).
[49]*op cit* 1281 n 5.

performance by the other became impossible, he could recover his performance, or at any rate, if that was no longer possible, the enrichment gained by the other.

This general rule, however, was subject to certain qualifications – qualifications which because they apply to *casus* and not to the concept of *bona fides*, also applied to contracts *stricti juris*; namely–

(a) the impossibility of performance must not be due to the fault of the party whose performance has become impossible; and,

(b) performance must be objectively, and not merely subjectively[50] impossible.

Let us briefly examine each of these in turn.

(*to be continued*)

[50]These terms are examined by Windscheid *op cit* § 264 n 1 who rejects Hartmann's objections to their use.

Aantekeninge

DIE UITBRING VAN VOLMAGSTEMME BY DIE NEEM VAN SPESIALE BESLUITE

Die vraag wat hier na vore tree, is of die algemene beginsel dat 'n gevolmagtigde (proksie) van 'n lid van 'n maatskappy nie aan 'n stemming deur handopsteek mag deelneem nie gewysig is deur die bepalings van a 199(1) van die Maatskappywet 1973 (Wet 61 van 1973).

Die reg van 'n stemgeregtigde lid van 'n maatskappy om 'n gevolmagtigde aan te stel wat namens hom vergaderings kan bywoon, daarop kan praat en stem, word weer eens bevestig in a 189 van die huidige Maatskappywet. A 189(1) plaas egter een baie belangrike beperking op die bevoegdheid van gevolmagtigdes met betrekking tot die uitbring van stemme. 'n Gevolmagtigde mag naamlik alleenlik sy stemreg uitoefen indien die stemming by wyse van stembriefies geskied. Aan 'n stemming deur die opsteek van hande mag hy nie deelneem nie. Hierdie voorskrif in a 189(1) wyk af van 'n bykans soortgelyke voorskrif in a 61*quin*(1)(c) van die vorige Maatskappywet (Wet 46 van 1926, soos gewysig). Laasgenoemde voorskrif is uitdruklik onderworpe gestel aan andersluidende bepalings in die statute van die betrokke maatskappy (iets wat weinig sou voorkom). 'n Soortgelyke kwalifikasie ontbreek in a 189(1). Gedagtig daaraan dat 'n voorskrif in die statute nietig is in soverre as wat dit met die wet onbestaanbaar is (a 62(1)), is die gevolgtrekking onvermydelik dat, ongeag 'n andersluidende voorskrif in die statute, 'n gevolmagtigde nie mag deelneem aan 'n stemming by wyse van handopsteek nie. Was dit inderdaad die bedoeling van die wetgewer om hierdie verandering aan te bring?

Geskied stemming by wyse van handopsteek het elke lid slegs een stem ongeag die getal aandele wat hy hou. By stemming met stembriefies staan die lid se getal stemme gewoonlik in direkte verband met die grootte van sy aandelebesit in die maatskappy (a 197). Ook in die geval van 'n maatskappy beperk deur garansie kan stemming met stembriefies van belang wees ten spyte van die feit dat, tensy die statute anders bepaal, elke lid net oor een stem beskik (a 193(2): 'n aangewese persoon kan byvoorbeeld as gevolmagtigde van meer as een lid optree). Gemeenregtelik is 'n stemming by wyse van stembriefies die normale wyse waarop die vergadering besluite neem. In die praktyk vind stemming egter dikwels plaas deur die opsteek van hande (tabel A r 42). Laasgenoemde vorm van besluitneming is bloot 'n voorlopige aanduiding van die gevoel van die vergadering en 'n lid of gevolmagtigde is geregtig om 'n stemming met stembriefies te vorder. Hierdie reg word as so belangrik geag dat dit uitdruklik in die wet verskans word (a 198(1)). Indien 'n stemming met stembriefies egter nie geëis word nie is 'n verklaring deur die voorsitter dat die besluit behoorlik deur die opsteek van hande geneem is afdoende bewys van daardie feit. Die hof sal slegs in ge-

valle van bedrog of klaarblyklike vergissing inmeng (tabel A r 42 en sien Cilliers & Benade *Maatskappyreg* (1973) 198 in verband met a 199(4)). Gedagtig hieraan is dit duidelik dat 'n stemming deur die opsteek van hande in die praktyk 'n belangrike rol te speel het.

Vir die neem van die meeste belangrike beslissings word 'n spesiale besluit as vereiste gestel. In breë trekke is 'n spesiale besluit een waarvan besondere kennis gegee is, wat met 'n driekwartmeerderheid aangeneem is en ten opsigte waarvan 'n spesiale kworum vereis word. As gevolg van die bewoording van a 199(1) skep die vereiste van 'n driekwartmeerderheid probleme. Uiteraard kan 'n spesiale besluit geneem word en die vereiste meerderheid verkry word òf deur die opsteek van hande òf deur middel van stemming met stembriefies. In hierdie verband verklaar a 199(1) dat as van stemming deur handopsteek gebruik gemaak word die besluit aangeneem moet word "deur nie minder as drie-kwart van die getal lede van die maatskappy geregtig om op die vergadering te stem wat persoonlik *of deur volmag teenwoordig is* . . ." (ek beklemtoon). Wat is die presiese betekenis van hierdie voorskrif? 'n Letterlike uitleg hiervan kom daarop neer dat by die neem van 'n spesiale besluit gevolmagtigdes mag deelneem aan 'n stemming met die opsteek van hande. Die wet bepaal immers uitdruklik dat die besluit geneem moet word met 'n driekwartmeerderheid van die stemgeregtigde lede wat persoonlik of by volmag op die vergadering teenwoordig is. Die verwysing na stemgeregtigde lede wat by volmag teenwoordig is, is 'n aanduiding dat hulle mag deelneem aan 'n stemming deur handopsteek.

Hoe kan bogenoemde uitleg versoen word met a 189(1) wat bepaal dat gevolmagtigdes net aan 'n stemming met stembriefies mag deelneem? Dit is 'n erkende reël van wetsuitleg dat by skynbaar teenstrydige bepalings eers 'n poging aangewend moet word om hulle te versoen. Misluk die versoeningspoging moet teruggeval word op die bekende stelreël *generalia specialibus non derogant* (Steyn *Die Uitleg van Wette* (1963) 173 e v). Daar bestaan blykbaar wel 'n moontlikheid om a 189(1) en 199(1) te versoen, maar myns insiens sou dit tot so 'n onsinnige resultaat aanleiding gee dat die wetgewer dit nie kon bedoel het nie. Sodanige interpretasie sou op die volgende neerkom. Ter vasstelling van die getal aanwesige lede word beide die wat persoonlik sowel as dié wat by volmag teenwoordig is in ag geneem. Die berekening van die vereiste driekwartmeerderheid geskied met verwysing na die totale getal aanwesige lede maar slegs lede wat persoonlik teenwoordig is, mag deelneem aan die stemming deur die opsteek van hande. Hierdie interpretasie is onaanvaarbaar. Waarom moet die vereiste meerderheid bereken word met inagneming van persone wat nie stemgeregtig is nie? (Die feit dat gevolmagtigdes in aanmerking geneem word by die berekening van die kworum (a 199 (1)(a)) is nie in hierdie verband ter sake nie. 'n Stemming met stembriefies kan immers te eniger tyd gevorder word). 'n Konsekwente deurvoering hiervan sou meebring dat 'n spesiale besluit nie deur handopsteek aangeneem kan word op 'n vergadering waar meer as een kwart van die aanwesige lede deur volmag teenwoordig is nie.

Aangesien 'n aanvaarbare versoening van hierdie botsende bepalings onmoontlik is, behoort die algemene bepaling van a 199(1) te wyk voor die spesifieke bepaling van a 189(1). Dit sou beteken dat ook by die aanneem van

'n spesiale besluit slegs lede wat persoonlik teenwoordig is, mag deelneem aan stemming deur die opsteek van hande. Gevolmagtigdes mag nie aan so 'n stemming deelneem nie en hul behoort ook nie bygetel te word by die berekening van die totale getal aanwesige lede nie. In belang van regsekerheid behoort die onduidelikhede uit hierdie artikel verwyder te word deur die skrapping van die woorde "of deur volmag" waar dit in die aanhaling hierbo voorkom.

Ten slotte moet daarop gewys word dat botsende bepalings van hierdie aard nie onder die vorige Maatskappywet (Wet 46 van 1926, soos gewysig) bestaan het nie. A 64(1)(a) het eenvoudig bepaal dat 'n spesiale besluit aangeneem moet word "deur nie minder as drie-vierdes van die stemgeregtigde lede wat persoonlik of by volmag aanwesig is." Geen onderskeid is in die artikel gemaak tussen besluite geneem deur handopsteek en by wyse van stembriefies nie. Gevolglik was a 64(1)(a) maklik te versoen met a 61*quin* (1)(c) – die eweknie van die huidige a 189(1) – te meer nog as in gedagte gehou word dat die bepalings van a 61*quin*(1)(c) deur die statute uitgesluit kon word. Dit is interessant om daarop te let dat ten aansien van die stemprosedure wat op verdaagde vergaderings gevolg moet word die wetgewer weer teruggeval het op die bewoording van die ou wet en geen onderskeid maak tussen die verskillende wyses van stemming nie (a 199(2)(b)). In die lig van die woordgebruik in a 199(1) kan hierdie bepaling op sy beurt ook probleme skep. Die indruk word naamlik gewek dat op so 'n verdaagde vergadering die stemming alleen by wyse van handopsteek kan geskied.

M J OOSTHUIZEN
Randse Afrikaanse Universiteit

NO-FAULT MOTOR VEHICLE ACCIDENT INSURANCE

1 INTRODUCTION

In terms of GN 1992 *GG* 4467 of 25 October 1974 a commission of inquiry (the Wessels Commission) was appointed to inquire into certain aspects of compulsory motor vehicle insurance in terms of the Compulsory Motor Insurance Act 1972 (Act 56 of 1972) (the act), as amended.

The commission is instructed inter alia to inquire into, report on and make recommendations on the following:

1 1 whether section 22(1) of the act should apply to all passengers conveyed in motor vehicles insured under the act;

1 2 the effect on premiums if the measure contemplated in 1 1 is introduced;

1 3 whether claims for damages relating to pain and suffering must be retained under the act;

1 4 whether claimants to whom compensation is paid in terms of the act expend such amounts judiciously and, if not, what measures should be taken;

1 5 whether claimants are exploited by their representatives, and if necessary, whether control measures should be introduced.

It may be unfortunate that the above commission was not also instructed to investigate the introduction of a no-fault scheme as an *alternative* to the act.

From the discussion below it will be seen that some of the matters which the Wessels Commission have to investigate all form part of the typical no-fault scheme.

The purpose of this article is therefore to discuss, as an alternative to Act 56 of 1972, a system of compensation for loss or damage suffered through injury or death resulting from motor vehicle accidents, irrespective of fault.

There are many variations to the no-fault system but they are beyond the scope of this article and it is only intended to discuss the broad basis on which no-fault rests, whilst at the same time pointing out some of the shortcomings of the existing system. I only briefly mention those matters which I consider elemental and important to the topic.

2 MEANING OF NO-FAULT

Basically no-fault provides for payments to both A and B after an accident between them, regardless of anyone's fault, by his own insurance company periodically month by month as losses accrue, for loss of wages and medical expenses. In return each motorist is required to waive his claim based on fault against the other for further compensation or immeasurable factors like pain and suffering.

The State of Georgia USA has recently adopted a compulsory motor vehicle accident reparations act which illustrates how a variation of no-fault works in practice.[1] The above act provides that from 1 January 1975 no owner may obtain a license for a motor vehicle without proof that he has liability insurance in the amount required by the state's motor vehicle safety responsibility laws and no-fault insurance protection for himself, members of his household, occupants of his vehicle and pedestrians (see 1 1 above). The aggregate minimum limit of no-fault benefits would be $5 000 per person which includes up to $2 500 medical expenses, 85% lost income up to $200, up to $20 a day for substituted family services, and up to $1 500 for funeral services. In the event of death survivors are entitled to receive the loss of income benefits and substituted services benefits for a year's support as if the decedent were alive but totally disabled. Coverage up to $50 000 must be offered as well as compensation for damage to insured vehicles. Benefits would be payable on a monthly basis (see 1 4 above) as they accrue: over-due payments are subject to 25% penalty plus attorney's fees. Benefits may not be reduced by benefits from collateral sources, but medical payment and uninsured motorist benefits under motor vehicle policies will be excess over required no-fault benefits.

---

[1]See 1974 *Insurance Law Journal* 140.

Some no-fault schemes, as will be pointed out below, make provision for non-economic losses while others exclude them totally in order to cut down on litigation costs (see 1 3 above).

3 BACKGROUND

During the nineteenth century delictual liability was based on fault. The technological revolution showed the inadequacy of the fault principle[2] as the sole basis of delictual liability and has led to a new principle, viz risk or strict liability. As a result there has been a movement away from letting a loss lie or of shifting it to the actor with the concomitant idea of social distribution of losses by means of private and social insurance.

In Massachusetts USA no-fault was introduced in 1971 and since then a number of other states have adopted different variations of the system, culminating in the recent passing of a national no-fault insurance bill in the American senate.

On 20 October 1972 the New Zealand parliament passed the Accident Compensation Act 1972 which was amended in 1973 providing for compensation to certain persons on a no-fault basis. The matter is also being investigated by a Royal Commission in the UK.

In South Africa Mr A Suzman QC in March 1955 submitted a memorandum to a commission appointed by the Governor General[3] to inquire into various aspects of motor vehicle insurance. He suggested that the broad principle should be adopted on the analogy of workmen's compensation legislation that persons injured or the dependants of persons killed as a result of motor vehicle accidents should, subject to adequate safeguards, be entitled to compensation without the necessity of proving negligence on the part of any third person.[4]

The 1962 Commission of Inquiry (the Du Plessis Commission) into Compulsory Motor Vehicle Insurance also investigated the question of no-fault. In its report[5] it was unable to recommend that compensation for motor vehicle accidents be paid to persons injured or to the dependants of persons killed, irrespective of negligence. The reason given was that premiums would have to be increased drastically and in view of the composition of the population of the Republic such increase would be beyond the means of many motor vehicle owners.[6]

Wherever no-fault has been proposed it met with opposition from the legal profession. This is understandably so as a no-fault scheme will make drastic inroads on professional services which lawyers render to the public. The writer feels however that there is still sufficient scope in any no-fault scheme for the legal profession to render a service especially in certain areas

---

[2]See J C van der Walt "Die Grondslag van Deliktuele Aanspreeklikheid" 1969 *THRHR* 319.
[3]Government Notice no 113, *Government Gazette* no 5405 of 21 Jan 1955.
[4]See 1955 *SALJ* 376 and 1962 *Annual Survey of SA Law* 50.
[5]RP no 32 of 1962.
[6]Par 442 of the report.

eg in the case of non-economic losses. Although the benefits under no-fault will be fixed, there will still be a certain amount of bureaucracy and litigation where a right to those benefits is disputed. Litigation will continue but to what extent we cannot predict.

It is interesting to note that when the subject was debated in New Zealand prior to the adoption of the Accident Compensation Act 1972 many lawyers felt that despite their personal interests a system which would give more widespread social justice would be preferable.

4 ACT 56 OF 1972

Par 52 of the Du Plessis Commission[7] sets out the purpose of the Motor Vehicle Insurance Act 56 of 1972 as being ". . . legislation for the protection of the poorer and weaker people who cannot make provision for their own difficulties and we consider it as necessary legislation because there are many people who cannot provide for themselves when they are involved in an accident or when they are injured". From the viewpoint of the victim who has to be assisted under efficient criteria it is clear that Act 56 of 1972 has not completely succeeded in fulfilling this purpose. There are cases where victims could be remediless, as will be briefly pointed out below.

4 1 Persons Excluded from Protection under the Act

Circumstances[8] in which victims have no protection are:

(a) where none of the persons whose liability is insured under the act was at fault;

(b) where fault cannot be proved;

(c) where the condition of the road was the sole cause of the accident, in spite of the fact that this condition could be caused by a delict;

(d) where the victim was the sole cause of the accident;

(e) where the accident was caused by a latent mechanical defect in the vehicle;

(f) where the owner, driver or passenger (see 1 1 above) does not have a right to recover compensation from the insurer of the vehicle which he was driving or in which he was being conveyed as the case may be. As Olivier (*op cit* 68) points out no-one is more subject to the possibility of an accident then the driver who is in most cases the owner himself or someone from his household. The passengers are in most cases members of his family or friends. He further points out that it is the owner who finances the whole scheme but the owner and members of his household derive the least direct financial benefit from it.

---

[7]See also *Aetna Insurance Co v Minister of Justice* 1960 3 SA 273 (A) 285.

[8]See D G Olivier *'n Kritiese Ontleding van die Aard en Grondslag van Versekering ingevolge die Wet op Verpligte Motorvoertuigversekering Wet 56 van 1972* (unpublished LL M dissertation RAU 1974) 13.

4 2 Shortcomings of a System Based on Fault

Surveys[9] in the USA indicate that the general public prefers insurance which offers the certainty of payment of actual loss suffered as opposed to the uncertainty of recovery of actual loss suffered plus pain and suffering, dependent on whether or not fault can be proved.

Apart from the fact that certain persons are excluded from the benefits of the act there are other strong arguments used by the critics of a system based on fault. Some of the most important arguments are set out below.[10]

(a) Victims can find themselves uncompensated because of a failure to prove fault. Where there is an apportionment the victim also suffers. Under the act we have a continuous conflict between insurer and insured concerning compensation after the road accident. The victim is uncertain whether he will be compensated or when it will take place. According to one British study[11] 42% of seriously injured victims received any damages and one quarter of those received damages reduced by their own contributory fault. Of the above 42%, 2% received payment in the 1st year after the accident, during the second year another 20% were successful, in the 3rd year 6% and in the 4th year another 3%. Practitioners in the Republic will know whether the above figures reflect the tendency here.

O'Connell (*op cit* 187) states that the basic difficulty is that the insured event turns on legal liability. He mentioned that in order to succeed the victim must:

(i) claim against the other driver's insurance company which owes him no liability;

(ii) prove that the other driver was primarily at fault and that he was comparatively speaking less at fault although it is often difficult to reconstruct an accident;

(iii) claim for an uncertain amount comprising out of pocket losses, medical expenses, loss of wages, payment for pain and suffering and loss of amenities which are difficult to convert into rands and cents.

(b) Investigations overseas show that victims with small claims are often overcompensated while those with large claims often recover much less than the actual loss suffered. Commentators in the USA and England ascribe this imbalance to the following:

(i) The "insurance value" of small claims is so big that the insurer pays out rather than resort to litigation;

(ii) Victims with large claims often experience financial problems with the result that they settle for a lesser amount. It is arguable whether the

---

[9]See J O'Connell 1973 *The Industrial Law Journal* 194 n 5.

[10]Some of these arguments are taken from an article by R E Keeton 1973 *Mississippi Law Journal* 1.

[11]O'Connell *op cit* 188.

above situation exists in South Africa but in the absence of sufficient information no definite conclusion can be drawn.

Some accident claims in South Africa are settled without the direct intervention of the courts. It can be argued that as a result of the delay in the disposing of claims victims could conceivably accept an unfavourable settlement.

Allied to this factor is also that of uncertainty of success which could also contribute to an unfavourable settlement.

(iii) The legal and administrative costs under a fault system are too high and too little of the premium actually reaches the victim. The act is considered to be a social measure.[12] This implies accordingly that the implementation of the act should not be motivated by profit. Olivier (*op cit* 72) analyses the figures for the insurance years 1968/69, 1969/70, 1970/71 and comes to the conclusion that in comparison claimants paid more in legal fees than the insurers and that at least 25% of the gross premiums is needed for the direct costs in connection with the disposal of claims. He also feels that it is probable that the present system is too costly in the sense that too little of the premium eventually reaches the victim. This factor coupled with the uncertainty of success and the long delay in disposing of claims seem to be the biggest objections against a fault based system.

In the absense of a detailed and thorough study it is impossible to assess the cost to the motorist of a no-fault system in the Republic. Considerable experience has and is being gained in the USA in this field but a detailed analysis of the statistics is beyond the scope of this article.

Par 441 of the Du Plessis Commission stated that the insurers who were questioned on this aspect were all of the opinion that a steep rise in premium rates would result. One insurer estimated an increase of between 30 and 70 per cent.

A single national scheme would undoubtedly cost less to run than a number of schemes by private insurance companies, but a national scheme should not necessarily be run by a state agency.

Where the responsibility for payment of compensation rests on the state, Suzman (*op cit* 377–8) suggested that the motoring public should bear the brunt of financing the scheme. Licensed drivers would each be expected to pay an initial fee, say approximately R10. A small levy would also be imposed on petrol. Any shortfall would come from general revenue.

Prior to the adoption of the Accident Compensation Act 1972 in New Zealand which abolished the fault concept and created an Accident Compensation Commission, the insurance companies' estimate of their administrative costs to run a no-fault scheme was much higher than that for a special governmental agency. Funds are derived from levies from motorists in place of their third party premiums. Insurance companies

---

[12] Par 345 of RP no 32 of 1962.

are not excluded altogether because the Commission may appoint them, as well as other bodies, to be its agents for the collection of levies and handling and payment of claims. As a result the scheme benefits from the expertise of insurance companies who could in turn use the opportunity provided by the scheme to make contact with the public for other more profitable types of insurance.[13]

(iv) Fault can be an impractical and unrealistic criterium of liability because it is very often difficult to determine. Not all accidents can be attributed to the fault of the individual. On this aspect one can do no better than quote Suzman (*op cit* 378)–

> "Subsequently, in the province of Saskatchewan an interdepartmental committee reported that although it recognized the value of the rule of negligence in the regulation of affairs in a democratic society, the process of its application to motor vehicle accident cases is found wanting. The Committee expressed the view that because of the human factor, accidents resulting in injuries and property damage are indigenous to the presence of motor vehicles on the highway; that every motorist is, at some time, guilty of inadvertence or mistaken judgment; that it is only a matter of chance that such inadvertence should occur at a time when some other person is in a position to suffer as a result of it; and that the loss resulting from such accidents ought to be the collective responsibility of the motoring public and borne as a cost of operation".

Furthermore, the objective criteria used for determining fault are often uncertain and witnesses have great difficulty in recalling the circumstances of accidents.

(v) The present system is contradictory. On the one hand wrongdoers are protected from paying for their wrongdoing to a certain extent and on the other hand accident victims are compensated from some other source regardless of fault.

As Olivier (*op cit* 34) points out when the lawgiver shifted the loss from the negligent driver, owner or employee to the insurer, the fault principle lost much of its value. Furthermore investigations in the USA have indicated that delictual liability did not constitute a satisfactory deterrent in the case of motor accidents as there is often no moral guilt attached to an accident. Problems with witnesses as well as the length and cost involved before a matter is brought to trial detract much from the moral value of establishing liability on the basis of fault.

Far greater deterrents are criminal sanctions, the loss of a driver's license and the increase of insurance premiums depending upon the accident record of the insured.

5 NON-ECONOMIC LOSSES

The critics of the present system feel that claims for non-economic losses like pain and suffering should be done away with because of the costs involved in establishing the amounts. Litigation on how much pain is "worth" is often costly and protracted. It is further contended that modern techniques

---

[13] 1974 *Modern Law Review* 365.

have done much to lessen pain and suffering. Under a fault system the premium includes damages for pain and suffering. It follows that the premium would be less if claims for pain and suffering are excluded as in the typical no-fault scheme.

The Du Plessis Commission (RP 32/1962,44) also recommended that claims for pain and suffering should be dispensed with because of the cost factor. This recommendation was not followed (see 1 3 above).

This is, it is submitted, one area of a no-fault scheme where the services of the legal profession can be retained, if deemed necessary. The particular no-fault scheme may make provision for a judicial-type of assessment of non-economic losses eg pain and suffering. Before the passing of the Accident Compensation Act 1972 of New Zealand (which abolished the requirement of fault) the Royal Commission dealing with the matter, recommended scheduled and fixed sums for compensating non-economic losses. Once the medical facts were conclusive, a rule-of-thumb method of assessment would be utilised. The legal profession opposed this and wanted some judicial-type assessment of those losses. As a result the above act provides for the rendering of professional services by lawyers for the assessment of those losses, despite the fact that the administrative costs of the scheme are thereby increased.

The Accident Compensation Commission created by the above act has been granted wide powers to award amounts subject to certain statutory limits. Compensation for non-economic loss is dealt with in such a way that scope for professional services by lawyers is retained. This also recognises the fact that human beings are ". . . more than economic units of production".[14] This act sets out precise circumstances in which amounts will be paid out. Where the injury involves permanent loss or impairment of any bodily function, or loss of any part of the body, a lump sum or sums which do not exceed $5 000 are payable (sec 119). Where the injury is specified the amount paid will represent the appropriate percentage specified eg 80% for the complete loss of an arm or 14% for the complete loss of an index finger expressed as a percentage of $5 000. Where the injury is unspecified but involves a loss or impairment of bodily function the Commission may after considering all the facts award a percentage of total incapacity which has resulted through the injury. Payment will only be made to a person who has lived for 28 days after the accident. Sec 120 provides for the payment of loss of amenities, enjoyment of life including loss from disfigurement and paid and mortal suffering including nervous shock and neurosis. This payment will be as the Commission thinks fit subject to a limit of $7 500. The Commission has a discretion to increase the amounts payable under sec 119 and 120 to $12 500. Non-economic loss is thus compensatable up to an amount of $12 500.[15]

Whether the above provisions will meet with approval in South Africa is debatable. It is submitted that much of the sting could be taken out of

---

[14] 1974 *Modern Law Review* 372.
[15] See 1973 *Australian Law Journal* 520.

these provisions by placing no limitations on the amounts payable, and at the same time making the amounts determinable by some form of judicial type of assessment.

6 PERIODIC PAYMENTS

No-fault schemes usually provide for periodic payments of damages awarded.

Under our present practice the courts award a lump sum. In doing so they have to predict the future with all its uncertainties. Claimants are awarded large sums and the victim is free to do with such sums what he likes (see 1 4 above).

Because of these difficulties some lawyers have felt the necessity for periodical payments rather like maintenance, which can be reviewed by a competent authority as circumstances require (see P Q R Boberg *Business Men's Law* December 1974 82).

7 CONCLUSION

There seems to be no doubt that no-fault will definitely cost the motorist considerably more. On the other hand the potential victim will have the certainty before an accident that he will be covered for out of pocket losses compared to the gamble for payment of out of pocket losses plus pain and suffering under the present system. No-fault will immediately give financial assistance to those victims who are suddenly deprived of the ability to support themselves and their families without resorting to litigation.

Under no-fault a limitation is imposed on the extent of the victim's compensation. As a result a further question which arises is to what extent the common law rights to compensation are to be retained.

No-fault is an alternative to the present system. Whether it is the only or best alternative and whether the imperfections of the existing system are serious enough to warrant reform can only be established after a thorough investigation by a competent body.

D H BOTHA
University of South Africa

ONWETTIGE DIAMANTVERKOPE

In *Die Landdros* vol 9 (1974) 145 lug J Engelbrecht enkele gedagtes oor die betekenis van "koop" en "verkoop" in artikel 84 van Wet 73 van 1964. Hy verwys oa na die uitspraak van wnr De Villiers in *R v Katz* 1959 3 SA 408 (K) en konkludeer dat (1) 'n koopkontrak onderworpe aan 'n *ontbindende voorwaarde* binne die verbodsbepaling van artikel 84 val; en (2) 'n koopkontrak onderworpe aan 'n *opskortende voorwaarde* ook binne die bogemelde verbod val indien die voorwaarde nie die verbintenis self opskort nie. Word die hele verbintenis egter opgeskort, is 'n veroordeling tov poging geregverdig.

In *R v Katz* (supra) is die beskuldigdes weens onwettige goudverkope aangekla. Die vraag het ontstaan of die sluiting van voorwaardelike kontrakte hulle strafregtelike aanspreeklikheid enigsins geaffekteer het. Op bl 419G sê die hof die volgende:

> "The variants of a completed purchase and a purchase subject to a resolutive condition obviously involve a verdict of guilty as charged. The same would apply to a purchase subject to a suspensive condition, if the condition be viewed as suspending merely the operation of the contract of purchase and sale and not the contract itself. The latter is, however, a controversial question which I need not pursue. I shall assume a condition suspending the very existence of the contract. In such event and in the case of the third and fourth variants mentioned above there would not be a completed commission of the offence of purchasing. And the legal question is whether in those cases the accused would be guilty of an attempt to commit that offence."

Daar word aan die hand gedoen dat daar by onwettige diamant- of goudverkope geen sprake kan wees van ooreenkomste onderworpe aan voorwaardes nie. Dit is immers geldende reg by ons dat 'n diamanttransaksie gesluit tussen 'n polisielokvink en 'n ongelisensieerde koper geen regsgevolge het nie – die stelreël *ex turpi causa non oritur actio* is hier van toepassing. Andersom gestel: daar vloei geen verbintenisse uit sodanige ooreenkoms nie, ofte wel die "kontrak" is *ab initio* nietig omdat dit in stryd met artikel 84 gesluit is.

De Wet en Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* (3e uitg) 99 omskryf die voorwaarde soos volg: "'n Voorwaarde is 'n kwalifikasie aan die ooreenkoms toegevoeg wat die werking van die *gevolge van die ooreenkoms* afhanklik maak van die al of nie plaasvind van 'n onsekere toekomstige gebeurtenis." (My kursivering). Dit volg dat die voorwaarde slegs die gevolge van die ooreenkoms raak – met die sluiting en inhoud van die ooreenkoms het dit niks te make nie. P M Nienaber wys tereg daarop dat: "Die gevolge . . . waarvan hier gepraat word, is die verbintenisse wat uit die ooreenkoms voortspruit" 1967 *THRHR* 353 354). By 'n kontrak gekoppel aan 'n ontbindende voorwaarde is die wedersydse prestasies onmiddellik na die ooreenkoms opeisbaar en verval die verbintenisse wanneer die voorwaarde in vervulling tree.

Wanneer 'n opskortende voorwaarde daarenteen by 'n ooreenkoms gevoeg word, ontstaan daar wel verbintenisse oor en weer en dus regsgebondenheid maar sodanige verbintenisse is eers by vervulling van die voorwaarde opeisbaar of afdwingbaar. P M Nienaber aw stel dit so:

> "Die primêre verskil tussen 'n ontbindende en 'n opskortende voorwaarde lê dus daarin opgesluit dat die prestasie wat ooreenkomstig 'n bepaalde verbintenis verskuldig is, by die ontbindende voorwaarde onmiddellik opeisbaar is en by die opskortende voorwaarde nie onmiddellik opeisbaar is nie."

Aangesien voorwaardes gekoppel aan koopooreenkomste uitsluitlik op die regsgevolge van die kontrakte betrekking het en daar hoegenaamd geen regsgevolge uit onwettige diamanttransaksies vloei nie, skyn dit vanself te spreek dat sulke voorwaardes geen rol kan speel by die strafregtelike aanspreeklikheid van oortreders nie. Voorwaardes kan mi slegs by wettige ooreenkomste gevoeg word. Om hierdie rede meen ek, met respek, dat die beslissing in die *Katz*-saak nie korrek is nie.

Dit is verder onnodig om die hulp van voorwaardes in te roep ten einde die aanspreeklikheid van 'n oortreder onder hierdie omstandighede te bepaal. Indien die beskuldigde 'n onwettige *koper* was en die lokvink se aanbod aanvaar het onderworpe aan sekere voorbehoude of voorwaardes, het hy reeds die bepalings van artikel 84(1)(a) oortree weens die feit dat hy dan *sake gedoen het* in ruwe of ongeslypte diamante – vgl *R v Oberholzer* 1941 OPD 48.

Indien die beskuldigde 'n onwettige *verkoper* sou wees, sal sy handeling desnietemin onder die verbodsbepaling in artikel 84(1)(b) val indien hy reeds ruwe en ongeslypte diamante vir verkoop aangebied het sonder dat hy hoegenaamd 'n koopkontrak gesluit het.

In sy reeds gemelde artikel (op 146) verwys Engelbrecht ook na die beslissings in *S v Tsochlas* 1974 1 SA 565 (A) en *S v Mofokeng* 1962 3 SA 429 (T). Hy meen dat die appèlhof onomwonde beslis het dat die *Mofokeng*-saak verkeerd beslis was. Dit wil egter voorkom of die appèlhof die *Mofokeng*-beslissing eerder *onderskei* en nie verwerp nie. Appèlregter Holmes laat hom in die *Tsochlas*-saak hieroor soos volg uit:

> "However, counsel went on to contend that the trial Court overlooked the principle of *stare decisis*; that it should have applied the case of *S v Mofokeng* 1962 3 SA 429 (T); that that case was correctly decided; and that this Court should now apply it. In my view *Mofokeng's* case is distinguishable. The facts, as appear from p 431A, were that the appellant in that case and another person 'entered into a contract in Johannesburg to buy and sell rough and uncut diamonds, that these diamonds were obtained from diggings in Basutoland (now Lesotho) and that payment for and delivery of the diamonds was to be made in Basutoland.'
>
> The Court held that the correlative statutory provision (Ord 10 of 1903 (T)) did not have extra-territorial application and its operation was limited to the position within the Transvaal. The appellant was acquitted. It seems from the report that the *merx* was at all times in Basutoland. This is what makes that case distinguishable from the present case. If it were not distinguishable it would be wrong." (Op 575.)

Die onderskeid tussen *Tsochlas* en *Mofokeng* lê daarin dat in eersgenoemde saak *diamante van Suid-Afrikaanse oorsprong* in die Republiek verkoop is en dat die koper en verkoper wedersyds buite die Republiek sou presteer. In *Mofokeng* is *diamante afkomstig uit Lesotho* in Suid-Afrika verhandel en weer sou die koper en verkoper buite die Republiek presteer. Die onderskeid lê gevolglik in die oorsprong van die diamante. Die hof het dit in die *Tsochlas*-saak duidelik gestel dat die sluiting van 'n ooreenkoms niks gemeen het met die *uitvoering* daarvan nie. Al wat artikel 84 by onwettige diamantverkope vereis, is dat die ooreenkoms in die Republiek gesluit word al vind die wedersydse prestasies buite die Republiek plaas.

In *S v Mofokeng* word die indruk geskep dat die blote sluiting van 'n onwettige diamanttransaksie in die Republiek nie strafbaar is indien die wedersydse prestasies buite die Republiek gelewer word nie – vgl die opmerkings van r Kuper op bl 431C. Die feit dat die diamante in daardie saak nie Suid-Afrikaans van oorsprong was nie word nie pertinent by die hof se argument en uitspraak betrek nie. Indien dit in werklikheid die bedoeling van die hof was dat die prestasies ook in Suid-Afrika nagekom moet word, alvorens die oortreder strafregtelike aanspreeklikheid opdoen, dan is die beslissing mi ongetwyfeld verkeerd. Ek meen dat ar Holmes in die *Tsochlas*-saak na so

'n moontlikheid verwys waar hy op bl 575D sê: "If it (*Mofokeng*) were not distinguishable it would be wrong."

In *S v Modini* 1962 1 PH K43 (T) was die feite dieselfde as in die *Mofokeng*-saak. Weer is diamante uit Lesotho se myne op Suid-Afrikaanse bodem verkwansel. Koper en verkoper sou in Lesotho presteer. Die hof beslis dat nòg artikel 2 nòg artikel 4 van Ordonnansie 63 van 1903 (T) sodanige transaksie verbied. Regter Malan verwys met goedkeuring na *Bishop v Conrath* 1947 2 SA 800 (T) waarin gesê is:

> ". . . in the interpretation of a statute a presumption arises that a statute will not have extra-territorial application or strike acts committed beyond the limits of jurisdiction of the legislature unless such an intention appears clearly from the enactment." (Op 803).

Alhoewel die appèlhof hom, sover ek kon vasstel, nog nooit uitgespreek het oor die vraag of die verkoop van buitelandsontginde diamante binne die Republiek van Suid-Afrika 'n misdaad uitmaak nie, is ek van oordeel dat die verbodsbepaling in artikel 84 slegs van toepassing is op ru en ongeslypte diamante wat uit ons eie bodem kom. Dit is wel so dat artikel 84 nie spesifiek so bepaal nie. Die artikel praat slegs van "ruwe of ongeslypte diamante" en die woordomskrywing daarvan in artikel 1(39) van die wet swyg ook oor die herkoms van die diamante.

Die langtitel van die wet verduidelik egter dat die doelstelling van die wetgewer is "om voorsiening te maak vir die reëling en beheer van prospektering na en myn vir en handel in edelgesteentes, en vir aangeleenthede wat daarmee in verband staan." Die eerste agt hoofstukke van die wet het onteenseglik slegs betrekking op edelgesteentes uit ons eie bodem. Ek vind verder geen aanduidings in hoofstukke 9 en 10 (waaronder artikel 84 ressorteer) dat die wetgewer die bepalings daarvan op edelgesteentes uit uitheemse bronne wou toepas nie.

Hierdie benadering word verder versterk deur uitsprake van ons hoër howe wat meer bepaald oor straftoemeting handel. In *S v Nel* 1974 1 SA 29 (A) 33D sê ar Rabie: "Dit is waar dat die geleerde Regter klem gelê het op die diamantbedryf as 'n *nasionale bate*, maar hy was geregtig om dit te doen". (My kursivering). In *S v Tsochlas* (supra) op 573H laat ar Holmes hom soos volg uit: "Illicit diamond buying is prevalent in this country, to the detriment of the diamond industry and the *fiscus*". Hieruit blyk duidelik dat artikel 84 slegs toepaslik is op diamante uit ons eie bodem.

C F KLOPPER
Landdros, Pretoria

PORNOGRAFIE EN MENS REA

In 1974 *THRHR* 183 bespreek A J Middleton die uitspraak van die appèlhof in *S v Brick* 1973 2 SA 571. Op bl 184 haal hy die volgende opmerkings van hr Ogilvie-Thompson op bl 580B-D van die verslag aan:–

> "Having regard to the obvious objective of the Act, it appears to me that witting physical detention, custody or control of such matter is penalised (cf *R v Gova and*

Maruping 1943 EDL 33; *R v van Ewyk* 1945 TPD 70 at p 72, and *S v Mjoli* 1968 3 SA 397 (T) at p 398 (E)). Once it is shown that the holder was aware of the existence of such photographic matter in his detention, custody or control, it is not, in my view, essential for a conviction under sec 2(1) of the Act that the State should – as was held in *S v R* – affirmatively prove that the holder intended to exercise control over the photographic matter in question for his own purpose or benefit."

Hieruit konkludeer hy: "Dit is duidelik dat die hoofregter van mening is dat artikel 2(1) van die wet 'n absolute verbod daarstel."

Hierdie afleiding uit bogemelde aanhaling lyk nie geregverdig nie. Daar is niks in die woorde van die hoofregter wat enigsins daarop dui dat hy die skuldelement by hierdie misdaad hoegenaamd oorweeg het nie. Inteendeel, dit skyn duidelik te wees dat die hof slegs doenig was met die handelingselement nl besit. Waar die hof van "*witting* physical detention, custody or control" (ek onderstreep) praat, word slegs beklemtoon dat *bewustelike besit* van pornografiese stof hier gepenaliseer word, maw 'n *animus detentionis* word vereis.

Die saak het in sy geheel net oor die handelingselement tw besit, gegaan. Ek vind nêrens anders in die verslag enigiets wat daarop dui dat die skuldelement ooit ter sprake gekom het nie.

Op grond van die volgende oorwegings skyn dit duidelik te wees dat skuld wel 'n vereiste by die pleging van hierdie misdaad is.

(1) Daar is 'n basiese beginsel in ons reg wat al tot 'n vermoede verhef is in *S v Oberholzer* 1971 4 SA 602 (A) 610H dat skuld by alle misdade 'n vereiste is – *actus non facit reum nisi mens sit rea* – tensy daar in die wetgewing duidelike aanduidings tot die teendeel is – vergelyk oa *S v Bernardus* 1965 3 SA 287 (A) 296E; *S v Arenstein* 1964 1 SA 361 (A) veral op 365 en die verdere gesag daar aangehaal.

(2) Milton en Fuller *South African Criminal Law and Procedure* vol III is van oordeel dat skuld wel 'n vereiste by hierdie misdaad is. Hierdie mening is gelug nog voordat die howe hulle hieroor uitgespreek het.

(3) In *S v R* 1971 3 SA 798 (T) 803G sê die hof: "I am of the opinion that sec 2(1) does not contain an absolute prohibition." Ook in *S v Pather* 1973 3 SA 164 (N) beslis r Henning dat skuld wel 'n vereiste by 'n oortreding van hierdie artikel is. Die regter spreek hom nie uit oor die vorm van skuld wat hier vereis word nie, dws *dolus* of *culpa* nie, maar kom tot die slotsom dat daar in so 'n geval nie 'n bewyslas nie, maar slegs 'n weerleggingslas op die beskuldigde geplaas word – vergelyk sy opmerkings op bl 167 van die verslag en die opmerkings van wnr Hefer in *S v Maritz* 1974 1 SA 266 (NK) 269C.

Dit is geldende reg dat die begrip *mens rea* of skuld sowel opset as nalatigheid omvat – *S v Qumbella* 1966 4 SA 356 (A) 364D; *S v Oberholzer* 1971 4 SA 602 (A) 611. Uit die bewoording van artikel 2(1) wil dit voorkom of die wetgewer die skuldvorm nie tot opset beperk het nie. Die wetgewer het immers nie die woorde "opsetlik" of "kwaadwilliglik" of "willens" gebruik nie. Daarbenewens is die klaarblyklike doel van die wetgewing om die publiek teen sedebederwende pornografie te beskerm deur die onreg-

matige besit daarvan strafbaar te stel. Hierdie doel sal verydel kan word indien slegs opset en wederregtelikheidsbewussyn aan die kant van die beskuldigde as vereiste gestel word. Gevolglik is ek van oordeel dat die skuldvorm òf opset òf nalatigheid kan wees. Die staat sal opset bewys deur getuienis voor te lê dat die beskuldigde wederregtelikheidsbewussyn gehad het, dws subjektief geweet het dat die stof pornografies van aard is en dat die wet onregmatige besit daarvan verbied. Ten einde *culpa* te bewys, sal die staat getuienis moet voorlê dat die *diligens paterfamilias* die gewraakte stof as pornografie sou beskou en nie besit daaroor sou uitoefen nie.

Wat die *bewyslas* betref, het *S v Fouche* 1974 1 SA 96 (A) 101 dit nou buite twyfel gestel dat indien die skuldvorm *culpa* is die staat die bewyslas dra. Wanneer die staat hom *prima facie* hiervan gekwyt het, sal daar 'n *weerleggingslas* op die beskuldigde oorgaan en sal getuienis voorgelê moet word wat 'n redelike moontlikheid skep dat daar geen *culpa* was nie. In *S v Maritz* 1974 1 SA 266 (NK) beslis wnr Hefer, met 'n beroep op die *Fouche*-saak, dat die bewyslas ook tov misdade waar opset as skuldvorm vereis word op die staat rus. Of ander afdelings van die hooggeregshof hierdie beslissing gaan navolg, moet nog gesien word. Dit begin egter duidelik word dat die klok vir *R v H* 1944 AD 121 en sy nasate gelui het en dat *R v Ndlovu* 1945 AD 369 ook tov statutêre oortredings in ere herstel is. Aanklaers hoef nie hieroor enige trane te stort nie. Selfs waar die beskuldigde in die verlede die bewyslas gedra het, moes die staat desnietemin getuienis voorlê om die beskuldigde se handeling binne die verbodsbepaling te bring. Die beskuldigde moes altyd in so 'n geval getuienis voorlê om sy onskuld te bewys. Hy sal onder die huidige bedeling nog steeds getuienis moet voorlê, nie om sy onskuld te bewys nie, maar wel om die *prima facie* saak teen hom te weerlê.

C F KLOPPER
Landdros, Pretoria

Vonnisse

NATIONAL BOARD (PRETORIA) (PTY) LTD v SWANEPOEL 1975 1 SA 904 (W)

Opsie - Verlenging van termyn deur lashebber - Toepaslikheid van a 1 *van Wet* 71 *van* 1969

Die (vereenvoudigde) feite van hierdie saak was die volgende: Op 25 Oktober 1973 verleen verweerder aan eiser 'n skriftelike opsie, geldig vir ses maande, om 'n sekere vaste eiendom van verweerder te koop. Op 21 Februarie 1974 skryf verweerder se prokureur 'n brief aan eiser waarin die geldigheidsduur van die opsie verleng word tot 25 Mei 1974. Op 24 Mei oefen eiser die opsie skriftelik uit, maar toe hy oordrag van die betrokke eiendom vorder, beweer verweerder dat die opsie reeds op 25 April verval het aangesien sy prokureur se brief van 21 Februarie nie 'n verlenging van die termyn van die opsie teweeggebring het nie. Ter stawing van dié bewering steun verweerder hoofsaaklik dáárop dat sy prokureur, toe hy die betrokke brief geskryf het, nie op verweerder se skriftelike gesag gehandel het nie soos vereis deur a 1 van Wet 71 van 1969. Namens eiser word toegegee dat die brief die opsietermyn kon verleng het slegs indien die prokureur op verweerder se skriftelike gesag gehandel het (bl 908D), en dit is ook die benadering van die hof. Die hele saak word gevolglik in 'n groot mate 'n ondersoek na die vraag of daar inderdaad skriftelike gesag bestaan het en, indien wel, of die prokureur toe hy die brief van 21 Februarie geskryf het, op daardie skriftelike gesag gehandel het. Die hof bevind dat geen skriftelike gesag bestaan het nie en uitspraak gaan teen eiser.

Myns insiens was skriftelike magtiging aan die prokureur om die opsietermyn te verleng egter nie nodig nie. Die relevante gedeelte van a 1 van Wet 71 van 1969 lui soos volg:

> "Geen koopkontrak van grond of 'n belang in grond . . . is, indien dit na die inwerkingtreding van hierdie Wet aangegaan is, van krag nie, tensy dit op skrif gestel en deur die partye daarby of deur hul lashebbers, handelende op hul skriftelike gesag, onderteken is."

Maar die kontrak, dit wil sê die sogenoemde *pactum de contrahendo*, wat van 'n aanbod 'n opsie maak, *is geen koopkontrak nie*, sodat die bepalings van Wet 71 van 1969 nie daarop van toepassing is nie. Gesag vir dié stelling hoef nie verder gesoek te word nie as in ar Jansen se uitspraak in *Venter v Birchholtz* 1972 1 SA 276 (A). Ek haal aan uit bl 283F–G van die verslag:

> "Dat egter by ons die opsie as 'n geldige kontrak beskou word, blyk duidelik uit, bv, *Hersch v Nel* 1948 3 SA 686 (AA) te bl 695 en dat dit geen koopkontrak is nie word algemeen erken (Wessels, art 1322; De Wet en Yeats, *Kontraktereg*, 3de uitgawe, bl 222; *Van Niekerk v Smit and Others*, 1952 3 SA 17 (T) te bl 24A–B). Die opsie word gesien as 'n eiesoortige kontrak, wat ontleed word as 'n aanbod om te verkoop met 'n ooreenkoms om die aanbod vir 'n termyn staande te hou *Hersch v Nel*, tap."

Ook uit bl 284B tav die opsie-ooreenkoms wat dáár ter sprake was:

> "In die lig van die voorgaande blyk dit dus dat, in die onderhawige geval, met die ondertekening van die geskrif deur beide partye op 18 April 1967 daar geen koopkontrak tot stand gekom het nie. Dit volg dat die bepalings van art 1(1) van Wet 68 van 1957 nie van toepassing was nie."

Sien verder in die algemeen P M Nienaber "Formaliteite by Koop en Sessie ten opsigte van Grond: die Jongste Beslissings" 1964 *THRHR* 44 en H Z Slomowitz "Oral Options in respect of Land" 1963 *SALJ* 140.

Op die vraag of die prokureur in die onderhawige geval skriftelike magtiging sou moes gehad het indien hy namens verweerder toegestem het tot wysiging van die terme van die substantiewe aanbod (dit wil sê die aanbod om te verkoop) gaan ek nie in nie. 'n Mens sou wel kan redeneer dat selfs in so 'n geval daar na aanname van die gewysigde aanbod 'n kontrak sou bestaan wat "op skrif gestel en deur die partye daarby . . . onderteken is". Dit het in die *National Board*-saak egter nie om 'n wysiging van die aanbod gegaan nie maar wel om 'n wysiging van die *pactum de contrahendo* en ek doen aan die hand dat die betrokke wysiging geldig sou gewees het indien die prokureur mondelinge magtiging gehad het om daartoe toe te stem en binne die perke van sy magtiging opgetree het. Dit wil voorkom of hy wel die nodige mondelinge magtiging gehad het – sien bl 910H van die verslag.

J G LOTZ
Universiteit van Suid-Afrika

WELGEMOED v SAUER 1974 4 SA 1 (A)

Verkoop van grond - Werklike grootte en grootte in kontrak aangegee

Die posisie waar grond verkoop word en dit daarna blyk dat dit uit meer of minder eenhede bestaan as wat die verkoper gesê het, kom in hierdie vonnis ter sprake. A verkoop aan B grond teen 'n koopprys van R40 per morg. Volgens die mate in die kontrak genoem, word die prys aangegee as R43187,14. Dit blyk egter dat daar minder eenhede is as wat in die kontrak genoem word en as die prys volgens die regte mate bereken word, sou slegs R39139,93 verskuldig wees.

Die hof word gevra om uit te maak welke regsmiddel die koper het, en of die koper nie daaruit gekontrakteer het nie.

Ten aansien van die tweede vraag word deur ar Jansen (met wie hr Rumpff en ar Botha saamgestem het) gevind "dat die normale interpretasie en regsgevolge van die noem van die maat en die prysvasstelling per eenheid uitgesluit word. Dit kom daarop neer dat die juiste interpretasie van die kontrak is: die koopprys is die genoemde aantal morge teen R40 per morg" (20D–E).

Hieruit is dit duidelik dat die koper verplig is om die prys soos deur die kontrak bepaal, te betaal en dat hy nie op enige regshulp geregtig is omdat hy minder grondeenhede ontvang as dié in die kontrak genoem nie.

Hiermee is die ondersoek van die hof insake die eerste geskilpunt uitgesluit. Ar Jansen het dit egter paslik gevind om ook met die regsposisie te handel waar die verhaalsreg van die koper nie deur die ooreenkoms uitgesluit is nie. Na 'n volledige en deeglike behandeling van die Romeins-Hollandse bronne verklaar hy dat die regsposisie in die reg van Holland voor die kodifikasie soos volg was:

> "Aan 'n opgawe van die maat in 'n koopkontrak van grond word dus gevolg gegee. Die regswerking van beide die koop by die maat (*ad quantitatem*) en by die stuk (*ad corpus*) is dat die koopprys *pro rata* na gelang van die oormaat of ondermaat reggestel moet word (tensy die teendeel beding word). In die koop by die maat, volg regstelling *normaliter*; is dit by die stuk, volg dit slegs as die afwyking van die gegewe maat groot genoeg is" (16).

Ooreenkomstig hierdie indeling blyk dit dat twee gevalle, genoem koop by die maat en koop by die stuk, in sekere omstandighede eenders behandel word. By die koop by die maat word basies 'n bepaalde stuk grond of ander bepaalde saak (soos 'n mied hooi) teen 'n prys per eenheid verkoop. Vanselfsprekend hang die prys af van die getal eenhede en as die prys bepaal word in die veronderstelling dat daar 'n sekere getal eenhede is, moet 'n aanpassing plaasvind as die korrekte getal eenhede bekend is. By die koop by die stuk word 'n bepaalde saak teen 'n bepaalde prys verkoop. Ten aansien van die geval waar die verkoper die getal eenhede aangee, is in Holland, ten aansien van grondverkope in elk geval, dieselfde reëling toegepas as ten aansien van die koop by die maat. Dws, die prys moes aangepas word in die lig van die ware aantal eenhede (blykbaar nav die menings van ene Pinellus wat in die praktyk aanvaar is). (Kyk bl 8–16 van die verslag).

Dit is ongetwyfeld die Hollandse reg van voor die kodifikasie. Die vraag is of dit onveranderd in SA geld dan wel of dit nie dalk in onbruik verval het nie. Ten aansien van die koop by die maat is die posisie steeds soos in die Hollandse reg soos uiteengesit. (Kyk *Welgemoed v Sauer* 1972 3 SA 282 (OK) en 1970 *THRHR* 33). Ten aansien van die koop by die stuk is daar beslis sprake dat ons reg verander het (kyk bl 17FG van die verslag). Ar Jansen behandel sommige van die relevante regspraak maar maak dit merendeels af. Tav *Dingley v Cornforth* 1917 NPD 386 verklaar hy dat die ondermaat "duidelik 'n rekenkundige fout" was. Tav *Elliot v McKillop* 19 SC 350 dat dit waar mag wees vir sover daar geen regsmiddel bestaan "as daar geen verklaring deur die verkoper is wat as *dictum* (binne of buite die kontrak) bestempel kan word nie en daar ook geen bedrog aanwesig is nie". Maar hy meen dit sou onjuis wees as dit verder strek. Die hof behandel egter nie die beslissings in *Fry v Reynolds* (1848) 2 M 161 (maar moontlik sou ook gesê word dat daar geen *dictum* was nie) of *Meyer & Meyer v Tainton* (1890) 4 SAR nie (maar moontlik sou gesê word dat daar uitgekontrakteer was). Die hof verwys egter na 'n aantal sake waarin 'n remedie wel erken is, te wete *Celliers v Papenfus & Rooth* 1904 TS 73; *Griessell v Du Toit* 1948 2 SA 562 (T); *Conroy NO v Coetzee* 1944 OPD 207; *Umru v Joseph Trimborn* (1906) 27 NLR 513; *Bell v Ramsay* 1929 NPD 265. Daarby kon gevoeg gewees het *Scheepers v Handley* 1960 3 SA 54 (A). Die regter kom dan skynbaar tot die gevolgtrekking dat daar nooit gesaghebbend beslis is dat die gemene reg tav die koop by die stuk nie geld nie en dat die vonnisse wat so iets te kenne gee regstreeks of onregstreeks berus op die beslissing in *Elliot v McKillop* wat nie as gesaghebbend ten aansien hiervan beskou kan word nie.

Die hof oorweeg nie die saak uit 'n prinsipiële oogpunt nie en laat dit oor vir die geleentheid wanneer die juistheid van die beskouing dat die reg van Holland inderdaad nie langer geld tav die koop by die stuk nie beslis word. Intussen is die posisie dat daar 'n baie sterk bewoorde bedenking bestaan teen die bewering dat die gemene reg verander het. Die verstandige persoon sal sy sake inrig asof die hof die *obiter dicta* in die meerderheidsbeslissing sal bevestig terwyl hy in twyfel verkeer of die hof nie by 'n oorweging van die saak sal bevind dat die remedies van die koper daarvan afhang of daar 'n waarborg of 'n wanvoorstelling was en of die eiser nie op grond van *dicta promissave* 'n eis vir *quanti minoris* kan instel nie.

D J JOUBERT
Universiteit van Pretoria

S v MOAGAESI 1974 1 SA 137 (NK) en S v QUMA 1974 3 SA 722 (OK)

Strafreg - Veediefstal - Toepassing van artikel 15 *van Wet* 57 *van* 1959 *in Tuislande*

Die probleem aangaande die gelding in Bantoetuislande van parlementswette wat handel oor onderwerpe waaroor die wetgewende vergaderings wette mag maak, en wat gemaak is sedert die inwerkingtreding van die Grondwet van die Bantoetuislande 21 van 1971 het verlede jaar vir die eerste keer in bogemelde twee gerapporteerde beslissings ter sprake gekom. Dieselfde vraagstuk het al by verskeie geleenthede die aandag van die Oos-Kaapse afdeling van die hooggeregshof in verband met die Transkei gevra. Die belangrikste twee (botsende) beslissings in hierdie laasgenoemde verband is *S v Ndewanana* 1966 3 SA 312 (OK) en *S v Zitudeza* 1970 2 SA 773 (OK). (Vgl D H van Wyk 1974 *THRHR* 6–7 en 9–10).

Hoewel geredeneer kan word dat die *Ndewanana*- en *Zitudeza*-uitspraak verskil het omdat die regsvrae wat beslis moes word in die onderskeie sake nie dieselfde was nie, is daar, ook in die lig van die *Moagaesi*- en *Quma*-beslissing goeie rede om te twyfel of die verskil in *res gestae* wesenlik genoeg was om strydige uitsprake te regverdig.

In die onderhawige twee 1974-beslissings het dit gegaan oor presies dieselfde vraag. Die regsvrae het baie ooreengestem met dié in *Ndewanana* se saak. In *Quma* se saak is die *Ndewanana*-beslissing ondersteun en nagevolg en in *Moagaesi* se saak is die *Ndewanana*-beslissing verwerp en die *Zitudeza*-beslissing gevolg. Op hierdie wyse is die uitlegprobleme wat deur die Transkeise sake geskep is, gedupliseer met betrekking tot al die ander Bantoetuislande met dié verskil dat die konflik tussen die twee standpunte enigsins verskerp is.

Die belangrikste struikelblok wat telkens opdoem, is a 30(3) van die Grondwet van die Bantoetuislande (wat *mutatis mutandis* identies is met a 37(3) van die Transkeise Grondwet):

> "Geen wet wat na die inwerkingtreding van hierdie Wet gemaak word (met inbegrip van 'n Wet van die Parlement . . .) en wat betrekking het op 'n in sub-artikel (1) bedoelde aangeleentheid, is in die gebied . . . van toepassing nie."

Subartikel (1) beperk die wetgewende magte van 'n selfregerende gebied tot die reeks onderwerpe wat genoem word in bylae 1 van die wet, maar magtig so 'n tuisland se wetgewende vergadering om parlementswette te wysig of te herroep wat oor die gemelde reeks onderwerpe handel.

Die vraag waarom dit in albei die onderhawige sake gegaan het, is of a 15 van die Wet op Veediefstal 57 van 1959, in die vorm wat dit sedert 1964 gehad het, in die betrokke selfregerende Bantoetuislande geld en aan die ander kant of die vervanging daarvan deur a 13(1) van die Algemene Regswysigingswet 102 van 1972 in dié gebiede van toepassing is. A 15 van Wet 57 van 1959 het voor 1972 die oplegging van 'n vergoedende boete of in die alternatief bykomende gevangenisstraf onder bepaalde omstandighede by veediefstal verpligtend gemaak. Die 1972-wysiging (of eerder vervanging) het sodanige verpligte oplegging van 'n vergoedende boete met verwysing na a 357 van die Strafproseswet 56 van 1955 afgeskaf en aldus die toekenning van skadevergoeding in die diskresie van die hof gelaat. Die moontlikheid van alternatiewe bykomende gevangenisstraf is ook verwyder. Die vraag in die onderhawige sake was dus of die oplegging van 'n vergoedende boete met alternatiewe bykomende gevangenisstraf onderskeidelik in Bophuthatswana en die Ciskei in 1973 nog steeds verpligtend was al dan nie. Wet 102 van 1972 is gemaak ná die inwerkingtreding van die Grondwet van die Bantoetuislande en ook ná die verkryging van selfregering deur sowel Bophuthatswana as die Ciskei, sodat die raaisel van wat die wetgewersbedoeling met die aangehaalde a 30(3) was ten opsigte van die tydstip van effektiwiteit daarvan nie ter sprake kon kom nie (vgl Van Wyk a w 7–9).

In die *Moagaesi*-saak verklaar r Van den Heever op 141A:

> "Maar art 30(3) . . . is ondubbelsinnig dat geen Republiekwet . . . gemaak ná 31 Maart 1971 in die Bophuthatswana-gebied van toepassing is nie indien dit betrekking het op 'n aangeleentheid in Bylae 1 bedoel; en daar word nie bygevoeg 'insoverre die wetgewende vergadering sodanige wette gemaak het' of dergelike woorde nie. Ek stem saam met die Prokureur-generaal dat daar geen regverdiging is nie vir die woordwysigende uitleg aangehang in *S v Ndewanana* . . ." op bl 315A.

Op bl 141E na aanleiding van item 32 van bylae 1 van Wet 21 van 1971 wat lui: "Die oplê van strawwe weens 'n oortreding van of versuim om te voldoen aan 'n wet deur die wetgewende vergadering gemaak", sê r Van den Heever:

> "Ek is nie oortuig nie dat item 32 uitgelê moet word, dat die wetgewende vergadering nie byvoorbeeld strawwe ten opsigte van veediefstal, tot dusver gereël deur Republiekwetgewing, kan verander aleer die wetgewende vergadering 'n eie Wet aangaande veediefstal gemaak het nie, juis vanweë die magte in art 30(1)(a) (die regter het waarskynlik a 30(1)(b) bedoel) verleen om ook 'n Republiekwet te wysig vir sover dit 'n aangeleentheid aangaan in Bylae 1 bedoel." Vgl Venter 1972 *THRHR* n 341 51.

R Van den Heever kom voorts tot die gevolgtrekking dat a 13 van Wet 102 van 1972 verband hou met die aangeleenthede genoem in item 21 van bylae 1, wat die "beskerming van lewe, persone en eiendom en die voorkoming van dieremishandeling" binne die wetgewende mag van 'n wetgewende vergadering plaas, sodat die wysigende bepaling nie in Bophuthatswana van toepassing is nie. Hiermee het wn r Hefer saamgestem.

Hierdie ongekompliseerde beslissing was nog nie gerapporteer toe die uitspraak in *Quma* se saak deur wnr Hart van die Oos-Kaapse afdeling gelewer is nie. Die *Moagaesi*-beslissing is in ooreenstemming met die reeds-aangehaalde *Zitudeza*-beslissing van 1970 (waarna trouens verwys is deur r Van den Heever) maar wnr Hart het lg beslissing in sy uitspraak geïgnoreer en die ouer *Ndewanana*-uitspraak gevolg. Die redes wat daarvoor aangegee is, is eerstens dat "the facts were in principle similar to the facts of the present matter and the reasoning of the magistrate virtually identical to that of the learned judicial officer in the instant case" (725A). Tweedens word aangevoer dat "this quotation (van die beredenering van die regsvraag deur r Cloete in die *Ndewanana*-saak) which I have set out in its entirety is in my view directly applicable to the problem that has arisen in the present matter and pertinently answers the question . . ." (725H). Derdens skynbaar ook weens die ". . . striking similarity (extending virtually to identical wording) between the sections set out above (a 3(1)(a) 14 18 30(1) en 30 (3) en items 21 en 32 van bylae 1 van Wet 21 van 1971) and similar relevant sections of the Transkei Constitution Act, 48 of 1963, as amended, which was the subject of interpretation by this Court in the case of *S v Ndewanana* . . ." (724 E–F). Op hierdie gronde en omdat "(t)he Ciskian Legislative Assembly has not as yet passed laws relating to stock theft and punishments thereafter", kom wnr Hart tot die gevolgtrekking dat a 13(1) van Wet 102 van 1972 wel in die Ciskei van toepassing is. Die waarnemende regter het nie vir 'n oomblik getwyfel oor die korrektheid van die *Ndewanana*-beslissing nie.

Weens die behoefte aan duidelikheid oor hierdie aangeleentheid, wat per slot van rekening van fundamentele belang vir die ontplooiing van die Bantoestaatsreg is, is dit jammer dat die vertroebelende en kunsmatige uitleg wat in die *Ndewanana*-saak aan die betrokke bepalings gegee is agt jaar later weer in die Oos-Kaapse afdeling ongeskonde opgediep is. Daarteenoor is dit te verwelkom dat die Noord-Kaapse afdeling woordwysigende uitleg uitdruklik verwerp het aangesien daarvoor nie regverdiging te vinde is nie.

Wat in elk geval duidelik is, is dat regsonsekerheid bestaan en sal voortbestaan totdat die geleentheid hom vir die appèlafdeling voordoen om uitsluitsel te gee of totdat die probleem deur wetgewing uit die weg geruim word. Laasgenoemde weg is ooglopend aangewese.

F VENTER
Potchefstroomse Universiteit vir CHO

CHARLES COLES DIGGS ET AL v GEORGE P SCHULTZ, SECRETARY OF TREASURY ET AL (1972) 470 F 2d 461

Importation of chrome from Rhodesia - Byrd Amendment - Power of Congress to denounce treaties

In this case the plaintiffs (appellants) - who included Mr Charles Diggs, certain persons unable to return to Rhodesia and an author one of whose books was banned from sale in Rhodesia – brought an action for declaratory and injunctive relief in respect of the importation of metallurgical chromite

from Rhodesia. This was in respect of the issuance by the Office of Foreign Assets Control of licences *authorizing* the importation of chrome from Rhodesia *notwithstanding* Security Council Resolution 232 (1966) which directs that all member states of the United Nations impose an embargo on trade with Rhodesia.

The lower court had dismissed the complaint on the grounds that the plaintiffs lacked standing and secondly that the case was not one in respect of which relief could be granted. This judgment was confirmed by the US Court of Appeals, District of Columbia Circuit.

The Court of Appeals observed that the president of the United States – in compliance with the above Security Council Resolution – had issued an executive order establishing criminal sanctions for violation of the embargo. In 1971, however, congress adopted the Byrd Amendment to the Strategic and Critical National Stock Piling Act, sec 10 of which provided:

> "Notwithstanding any other provision of law . . . *the President may not prohibit* or regulate the importation into the United States of any material determined to be strategic and critical pursuant to the provisions of this Act, if such material is the product of any foreign country or area not listed as a Communist country or area . . . for so long as the importation into the United States of material of that kind which is the product of such Communist-dominated countries or areas is not prohibited by any provisions of law" (my italics).

Since Rhodesia was not a communist-controlled country, and as the United States imported from communist countries substantial quantities of chrome and other materials available from Rhodesia, the Byrd Amendment contemplated the resumption of trade by the United States with Rhodesia.

As regards the submission that a statute should be construed in a manner consistent with treaty obligations *and that the president should be compelled to take alternative steps as a means of escape from the necessity of breaching the United Nations Charter*, the court declared that this would raise questions of foreign policy and national defence and "would be, not to decide a judicial controversy, but to assume a position of authority over the government acts of another and coequal department, an authority which plainly we do not possess".

In the view of the court the purpose and effect of the Byrd Amendment was to detach the United States from the United Nations boycott of Rhodesia in blatant disregard of the United States treaty undertaking. Under the constitutional scheme of the United States, congress could denounce treaties if it saw fit to do so. This was precisely what congress had done in this case.

(It is of interest to mention here that the Security Council on 8 February 1972 reaffirmed sanctions against Rhodesia and resolved that any legislation passed by any member state "with a view to permitting, directly or indirectly, the importation from Southern Rhodesia of any commodity falling within the scope of the obligations imposed (by the 1968 resolution), including chrome ore, would undermine sanctions and would be contrary to the obligations of States".)

G N BARRIE
Department of Foreign Affairs

Boeke

THE LAW OF INSOLVENCY

deur CATHERINE SMITH

Butterworths 1973; xxx en 474 bl; prys - hardeband R19,50, sagteband R15,75

Die leser se eerste indruk van professor Smith (soos sy nou is) se boek is dat dit 'n handboek vir studente is, maar nadat die boek vir die soveelste keer geraadpleeg word, is daar klaarblyklik bewys dat dit ook vir die praktisyn 'n betroubare bron van inligting is.

Daar is natuurlik verskillende wyses om die skryf van 'n handboek wat op 'n wet gebaseer is aan te pak en een daarvan is die weergawe van die wet, artikelgewys, met gepaardgaande kommentaar en verwysings waar nodig. Die skryfster het in hierdie geval die reg van insolvensie soos dit in die Insolvensiewet 24 van 1936 (hierna die wet genoem) beliggaam is, beskrywenderwys behandel. Sy gebruik die uiteensetting van die wet as uitgangspunt en beskryf in logiese volgorde die geskiedenis van insolvensie; vrywillige boedeloorgawe; verpligte sekwestrasie; die gevolge van sekwestrasie op alle gebiede insluitende die gevolge op die eiendom van die solvente gade, op kontrakte en op vervreemde eiendom van die insolvent; die vergaderings van krediteure en die bewys van eise; die aanstelling van 'n kurator, sy regte en verpligtings; akkoord; rehabilitasie; jurisdiksie, appèl en hersiening; strafbare oortredings, en laastens 'n hoofstuk oor die Wet op Landboukrediet 28 van 1966 en die uitwerking daarvan op die reg van insolvensie. Dit is veral laasgenoemde hoofstuk en die een wat gewy word aan boedelrekenings met al die praktiese voordele daaraan verbonde wat vir die praktisyn van groot waarde is.

Dit is met die eerste oogopslag duidelik dat die skryfster met die uiteensetting van haar stof en hoofstukke baie moeite gedoen het. Elke hoofstuk word deur 'n opsomming van die inhoud daarvan voorafgegaan en die inhoudsopgawe wat byna 24 bladsye beslaan, is so sorgvuldig saamgestel dat selfs die mees onervare student of onpraktiese ingeskrewe klerk sy weg sal vind.

Soos verwag kan word met 'n boek oor die insolvensiewet, 'n onderwerp waaroor daar al verskeie handboeke in die verlede verskyn het, is daar, afgesien van nuwe gewysdes, wysigings van die wet en ander wetgewing wat die reg van insolvensie affekteer, nie veel nuuts om te dek nie. Wat dus besonder belangrik in 'n boek van hierdie aard is, is die manier waarop die outeur haar interpretasie van die reg aan die leser oordra en hoe sy haar kritiek en gevolgtrekkings motiveer. In hierdie lig gesien, slaag die outeur. Sy is nie tevrede met net 'n beskrywende weergawe van die voorskrifte van die

wet nie, maar poog gelyktydig om stellings te motiveer, soos haar verduideliking op bladsy 88 met betrekking tot die Ongevallewet 30 van 1941 waar sy die beskerming van skadevergoeding wat ingevolge die gemelde wet betaal word, bespreek. Ook haar kommentaar oor artikel 57 van die Grondwet van die Republiek van Suid Afrika 32 van 1961 bewys professor Smith se vermoë om haar onderwerp analities en met oorspronklike denke te benader. Sy skroom ook nie om gewysdes en ander gesag te kritiseer waar sy van mening is dat sodanige kritiek geregverdig is nie. Sy kon moontlik die gebrek aan eenvormigheid in ons hooggeregshowe oor kondonasie van gebreke en nalate om aan die vereistes van artikel 4 van die wet te voldoen, strenger gekritiseer het, veral na aanleiding van die kriterium van "aanmerklike onreg" met betrekking tot formele gebreke wat in artikel 157(1) van die wet voorgeskryf word. Ook gesien in die lig van die hoë regskoste waarvoor 'n applikant of sy boedel in die hooggeregshof verantwoordelik is, behoort die houding van die hof – word met respek aangevoer – minder restriktief te wees met die uitleg van die betekenis van wat 'n "formele gebrek" is.

Die dade van insolvensie word deeglik behandel en veral artikel 8(b) van die wet word in detail bespreek. Na 'n sorgvuldige uiteensetting van die probleme wat uit 'n gebrekkige *nulla bona*-relaas kan ontstaan, kan praktisyns gerus ag slaan op die wenk wat die outeur op bladsy 35 gee, naamlik dat waar 'n prokureur van voorneme is om op 'n *nulla bona*-relaas in 'n latere sekwestrasie-aansoek te steun, hy duidelike opdrag van sodanige voorneme aan die adjunk-balju of geregsbode moet gee.

Hoofstuk VII word gewy aan die gevolge van insolvensie op kontrakte voor insolvensie deur die insolvent aangegaan. Dit is egter jammer dat die skryfster nie hier of elders in die boek die interessante probleem behandel het nie van die botsende belange wat sou ontstaan tussen die twee hipoteke wat kragtens artikel 85(1) van die wet preferensie geniet, naamlik dié van die verhuurder en dié van die huurkoopverkoper indien die boedel van 'n huurder wat gelyktydig 'n huurkoopkoper van goedere is wat hy op die gehuurde perseel aanhou, gesekwestreer word.

Oor die algemeen is die boek in 'n informele en maklik leesbare styl geskryf. Daar is egter hier en daar hinderlike taalgebruik, byvoorbeeld: "However, sight must not be lost of the fact . . ." (bl 198). Daarby het die drukkersduiwel ook nog 'n bydrae gelewer en die volgende drukfoute is opgelet: "comprise' ipv "compromise" (bl xi); "insolvenc" ipv "insolvency" (bl 1); "available" ipv "assailable" (bl 3); "voided" ipv "avoided" (bl 17); "than" ipv "then" (bl 90); "state" ipv "estate" (bl 102); artikel "134 (4)" ipv artikel "124(4)" (bl 282).

Professor Smith verdien beslis gelukwense met hierdie goed deurdagte en heel bruikbare boek wat vir sowel die student as die praktisyn van groot nut sal wees.

ROBERT P PACE
Prokureur, Ladysmith (Natal)

THE LAW OF SHIPPING AND CARRIAGE IN SOUTH AFRICA

by B R BAMFORD

(second edition of *The Law of Shipping*)
Juta & Co 1973; 283 pp; prys R25

Die boek is veronderstel om 'n tweede uitgawe te wees van *The Law of Shipping* wat in 1961 verskyn het. Dit is egter uitgebrei na vyf dele waarvan slegs deel een handel oor skeepvaartaangeleenthede. Deel 2 tot 5 bevat hoofstukke wat onderskeidelik handel oor spoorvervoer, lugvaart, padvervoer, versekering en awery. Dit is jammer dat die skrywer dit goedgedink het om die boek uit te brei na ander aangeleenthede as dié wat betrekking het op skeepvaart. Veral in die lig van die feit dat die drastiese kondensering van die eerste uitgawe (nou deel 1) alreeds kritiek ontlok het (1962 *Tydskrif* 149). Die uitbreiding sou met vrug slegs gerig kon gewees het op maritieme reg en die rol wat die Romeins-Hollandse reg kan speel in die ontwikkeling daarvan.

Wat deel 1 betref, is daar basies min veranderinge aangebring aan die eerste uitgawe. Nuwe gewysdes is ingewerk en die inhoud is meer vaartbelyn gemaak, bv die regulasies uitgevaardig ingevolge die Handelskeepvaartwet 1951 is nie meer deel van die teks nie maar vorm nou bylae B, die bepalings van Wet 8 van 1879 is uit die teks verskuif na bylae C en so ook die Engelse bibliografie na bylae D. 'n Aantal hoofstukke is van nuwe name voorsien bv hoofstuk 2 "Transfer of Interest in Ships" is nou "Alienation" terwyl "Legal Proceedings" verander is na "Common Law Jurisdiction" ens. Hoofstukke wat bygevoeg is, is die wat handel oor territoriale waters, oliebesoedeling en seevisserye. Nuwe wetgewing het hoofsaaklik 'n rol gespeel by admiraliteitsjurisdiksie – wat nou 'n aparte hoofstuk geword het – en prysjurisdiksie.

Die kritiek wat geopper is teen die eerste uitgawe nl dat die drastiese kondensering dit van veel waarde beroof, geld nog steeds vir deel 1 maar kan nou ook geopper word teen dele 2–5. Die verskillende hoofstukke is mi net te kort om die bespreking van die verskillende onderwerpe sinvol te maak.

Die boek is netjies ingebind. Spel- en drukfoute is min. Hier en daar kom daar tog 'n fout of eienaardigheid voor. Op bl 2 noem die skrywer die "Admission of Persons to the Union Regulation Act 1961 (60 of 1961)" as 'n wet wat direk of indirek met sekere aspekte van skeepvaart te doen het. Hierdie wet is egter, afgesien van 'n onbelangrike artikel wat niks met skeepvaart te doen het nie, herroep deur die Wet op die Reëling van die Toelating van Persone tot die Republiek 1972. Voetnoot 32 op bl 3 verwys na bl 24 – dit moet seker bl 140 wees? Voetnoot 4 op bl 140 is verwarrend. As 'n mens nie weet dat dit verwys na art 332 van die Handelskeepvaartwet 1951 nie, kan maklik gedink word dat dit 'n artikel in die *Admiralty Courts Acts* van 1840 of 1861 is. Anders as in die eerste uitgawe verskyn die voetnotas aan die end van elke hoofstuk. Dit is net so hinderlik soos inflasie wat dit noodsaak.

Die boek bly 'n baanbrekerswerk op die gebied van die Suid-Afrikaanse

seereg. Net soos sy voorganger sal dit veral handig wees as naslaanwerk oor die Suid-Afrikaanse bronne.

H BOOYSEN
Universiteit van Suid-Afrika

DIE LEENREG IN HOLLAND

deur G G VISAGIE MA PhD LLD

Juta 1974; 200 bl; prys R15,00

Soos die skrywer in sy voorwoord aandui, is hierdie werk as 'n proefskrif vir doeleindes van die LL D-graad aan die Universiteit van Kaapstad voorgelê. Dit moet derhalwe as 'n krities-analitiese werk oor die Suid-Afrikaanse regsgeskiedenis in oënskou geneem word.

Die werk, wat voorsien word van 'n kort opsomming vooraf, bestaan uit tien hoofstukke wat onderskeidelik handel oor leeninstellinge en die leenstelsel in die algemeen en in Holland. Daarnaas kom die begrip "leen" aan die beurt gevolg deur leenverkryging onder besondere en algemene titel, die regte en verpligtinge van leenman en leenheer, leenverlies, leenregspraak, afskaffing van die leenreg en dan enkele slotbeskouinge. Aangeheg is 'n lys van argiefbronne, 'n bibliografie, register van gewysdes en 'n alfabetiese register.

Diegene wat reeds kennis gemaak het met die skrywer se *Regspleging en Reg aan die Kaap van 1652 tot 1806* (bespreek deur R Dannenbring in 1970 *THRHR* 60 ev) sal opmerk dat die metode en styl van die skrywer in beide werke sterk ooreenkomste toon. Daar kan sonder vrees vir teenspraak gekonstateer word dat die skrywer by uitstek geskik en gekwalifiseer is om navorsing te doen van die aard wat in sowel die onderhawige as die vroeëre werk voorkom vir sover hy beskik oor 'n diepgesetelde aanvoeling vir die historiese.

Met die skrywer moet saamgestem word dat die leenreg 'n problematiese gebied van die reg is. Nogtans het hy daarin geslaag om 'n heldere en duidelike uiteensetting van die regsontwikkeling op hierdie gebied te verskaf.

Interessant en prikkelend is die regsvergelykende opmerkings wat die skrywer maak in sy bepaling van begrippe wat eie is aan die leenreg (bl 1 ev). Dit is eintlik jammer dat die werk nie in ruimer mate histories-vergelykend kan wees nie aangesien regsvergelyking in historiese perspektief, soos professor Alan Watson in 'n onlangse referaat genoem het, 'n metode van navorsing is wat hedendaags al hoe meer aandag verdien. Uit die aard van die saak moet die onderwerp vir doeleindes van 'n proefskrif begrens word en uit die oogpunt van die Suid-Afrikaanse regsgeskiedenis is 'n beperking tot die leenreg van Holland die aangewese. Soos die skrywer egter tereg aantoon (bl 3), is dit noodsaaklik om allereers te kyk na die ontwikkeling van die leenregstelsel, nie slegs in Holland nie maar ook daarbuite.

Die klem in hierdie werk lê op die tydperk van die Republiek van die Verenigde Nederlande (1581–1795). Hierdie periode is vir die Suid-Afrikaan-

se regsontwikkeling van groot belang soos die skrywer tereg noem (bl 7), vir sover dit by benadering die tydperk dek vanaf ons eie volksplanting tot die eerste Britse besetting in 1795.

Met verwysing na oorvloedige gesag gee die skrywer in die eerste hoofstuk 'n uitvoerige beskrywing van die oorsprong van die leenreg. Indien daar hier enigsins van 'n leemte sprake kan wees, is dit miskien dat daar nie vanuit die staanspoor 'n omskrywing van basiese begrippe soos "leen", "leenreg" en verwante sake gegee word nie. Weliswaar ontplooi hierdie begrippe in die loop van die werk, en veral in hoofstuk III daarvan, sodat 'n omvattende omskrywing waarskynlik moeilik gegee kon word sonder om eers die agtergrond te skets. Nogtans sou 'n inleidende opmerking of wat die onkundige of nie-spesialis onmiddellik 'n beter begrip gee van die presiese navorsingsgebied wat in die werk behandel word. Dieselfde kan in 'n mindere mate gesê word van begrippe soos "vassaliteit", *beneficium*, "leenroerig" en dies meer.

Dat die leenreg reeds in die Romeinse tye 'n aanknopingspunt gevind het, en wel ten aansien van die *patronus-cliens* verhouding, staan bo twyfel. Die skrywer se behandeling daarvan is miskien effe sketsmatig selfs gesien in die kader van die werk as geheel. 'n Enkele verwysing na die eerste uitgawe van Jolowicz se *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (bl 14 n 99) kan beswaarlik voldoende wees. Dieselfde moet gesê word van die skrywer se behandeling van die Galliese en Germaanse aanknopingspunte. Veral die *comitatus*-begrip, soos Tacitus dit vir ons in sy *Germania* uitlê, sou met vrug ietwat breedvoeriger bespreek kon gewees het.

In hoofstuk II behandel die skrywer die opkoms van leeninstellinge en die leenstelsel in Holland as sodanig. Na 'n histories-staatkundige inleiding bespreek hy die vestiging van die leenstelsel in die provinsie Holland en kom tot die gevolgtrekking dat, onder invloed van die Romeinse, Germaanse en Frankiese stelsels, leeninstellinge vroeg reeds, in die 9e of 10e eeu, in Holland vastrapplek gevind het. Die skrywer is egter huiwerig om die oorsprong van die leen aan enige besondere volk of stam te koppel.

Die leen as sodanig, en meer spesifiek wat betref sy aard, die bevoegdhede wat daarmee saamhang, die voorwerpe van leen en soorte leen word in hoofstuk III bespreek. As algemene uitgangspunt haal die skrywer die bekende omskrywing van Hugo de Groot (*Inleidinge* 2 41 1) aan: "Leenrecht is een erfelicke onsplisbare tocht op eens anders ontilbare goed, met onderlinge verbintenisse van schut aen d'eene zijde, ende plicht van manschap ende heergewaden aen d'andere zijde." (My aanhaling is uit die tweede uitgawe van Dovring, Fischer en Meijers se tans gesaghebbende uitgawe van die *Inleidinge* - die skrywer noem dit in sy bibliografie maar haal die onderhawige teks waarskynlik aan uit een van die ander twee uitgawes waarna hy in sy bibliografie verwys.) Dit is interessant om daarop te let dat die aard van 'n leen bepaal word na gelang van *substantialia, naturalia* en *accidentalia* - 'n onderskeid wat op talle gebiede van die sakereg gelding geniet. Die skrywer beklemtoon dat die voorwerp van leen 'n onroerende saak moet wees.

Ewe interessant, dog minder bekend, is die verfynde onderskeid wat getref word tussen verskillende soorte leen: so byvoorbeeld regte en onsterf-

like lene, dan weer gemene en ongemene, nuwe en ou, geestelike en wêreldlike en dergelike meer.

Verkryging van lene by wyse van besondere titel (*titulo particulari*) word in hoofstuk IV behandel en verkryging onder algemene titel (*titulo universali*) in hoofstuk V. Uitgifte, opdrag, naasting en verjaring is voorbeelde van eersgenoemde, terwyl leenopvolging by versterf en kragtens testament die tipiese gevalle van laasgenoemde is. Die skrywer wys daarop dat die eintlike verkryging van 'n leen opgevolg moet word deur 'n vestigingsproses wat "investituur" genoem word – iets soortgelyks aan die *aditio hereditatis* van die erfreg.

Weer eens, met inagneming van die doel van die werk, kan dit tog genoem word dat die skrywer se gebruikmaking van gesag somtyds aan diepte ontbreek. In sy bespreking van verjaring as vorm van leenverkryging verwys hy (op bl 85) na die vereiste van *bona fides* in die Romeinse, kanonieke en Romeinse-Hollandse reg. Sy gesag vir die Romeinse en kanonieke reg is 'n teks uit Van Leeuwen se *Censura Forensis* terwyl hy, ten aansien van die Romeins-Hollanse reg, volstaan met 'n verwysing na Schorer, Voet en Van Zurck. Veral wat betref die Romeinse en kanonieke reg sou 'n mens tog gespesialiseerde gesag op daardie gebied verwag.

Die bespreking van leenverkryging *titulo universali* bring 'n hele aantal nuwe feite na vore. Die begrip "onleengoedere" is egter bietjie hinderlik al kom dit so voor in die Romeins-Hollandse bronne. 'n Alternatief hiervoor (selfs "vrye erfgoed" soos voorkom op bl 87) sou miskien wenslik wees.

Die probleme wat deur die skependoms- en aasdomsreg veroorsaak is op die gebied van die erfopvolging kom eweseer voor ten aansien van leenopvolging soos die skrywer tereg aandui.

Heelwat klem word gelê op die regte en verpligtinge van die partye by 'n leen. Wat was die leenman se reg ten opsigte van die eiendom as sodanig en ten aansien van die vrugte en inkomstes daaruit? Welke verpligtinge het uit die leenman se aanvraag om investituur voortgespruit? Hierdie vrae word met sorg en breedvoerig in hoofstuk VI behandel. Sy plig om hulde aan die leenheer te betoon asook om geskenke ("heergewade" of "hofregte") aan hom te gee, herinner sterk aan die Romeinsregtelike *iura patronatus* waarkragtens 'n *libertinus* aan sy *patronus obsequium, operae* en *bona* moes verskaf.

Die leenheer se vernaamste verpligtinge was om investituur aan die leenman te verleen en verder om die trouverhouding (*fidelitas*) tussen hom en die leenman te handhaaf.

Die beëndiging van 'n leen ofte wel leenverlies kom in hoofstuk VII aan die beurt. Vanselfsprekend is dit beëindig by vernietiging van die leensaak. Die partye kon ook ooreenkom dat die leen verval òf deur 'n vergunning van die kant van die leenheer, òf deur afstanddoening van sy regte deur die leenman. Ander wyses van tenietgaan wat deur die skrywer behandel word, is vermenging (waar wedersydse regte en verpligtinge in een persoon verenig), opdrag (waar die leenreg op formele wyse voor die gereg oorgedra word), verjaring, bloedgebrek (waar die leen op grond van die gebrek aan bloedverwante van die leenman na die leenheer terugkeer) en ten slotte ontrou en smaad. Die begrip "bloedgebrek" is ietwat ongelukkig en selfs

dubbelsinnig. Gebrek aan opvolgers in titel is wat streng gesproke deur die begrip tuisgebring moet word. "Ontrou" en "smaad" is klaarblyklike verbreking van die trouverhouding tussen leenheer en leenman en soos blyk uit die voorbeelde deur die skrywer behandel, kon sodanige verbreking selfs neerkom op deliktuele optrede wat tot aanspreeklikheid ingevolge die *Lex Aquilia* (meer spesifiek op grond van nalates of *omissiones*) of tot aanspreeklikheid na aanleiding van 'n *iniuria* kon lei.

'n Aspek van die leenreg wat redelik min aandag geniet in enige bespreking van die onderwerp word in hoofstuk VIII behandel, te wete leenhowe, leenjurisdiksie, leenprosedure en leenregsbronne – almal onder die omvattende titel "leenregspraak". Dit wil voorkom dat daar in 1660 'n leenhof in Holland tot stand gebring is maar dat sy funksies in 1674 deur die hof van Holland oorgeneem is. Daarnaas het ondergeskikte howe van die leenhere self 'n bestaan gevoer. 'n Punt van kritiek wat moontlik in hierdie verband geopper kan word, is dat, ten spyte van die titel van hierdie hoofstuk, daar nouliks sprake is van regspraak as sodanig. Dit is wel so dat die skrywer op bl 157 meld dat hy hom in die besonder bepaal het by die "substantiewe" leenreg maar tog wil dit voorkom of die klem meer op die formele en die historiese ontwikkeling val. Daar is 'n gemis aan verwysings na die daadwerklike toepassing van leenreg in die gemelde howe. Waar die proefskrif handel oor die *Leenreg in Holland* sou 'n bespreking van sodanige toepassing, hoe beperk ook al, tog nuttig wees indien nie noodsaaklik nie. Die Hollandse *Consultatien* en skrywers soos Van Zutphen, Bort, Cuypers, Neostadius en Van Hasselt behoort heelwat stof te bevat oor hierdie aangeleentheid.

Na 'n kort bespreking van die afskaffing van die leenreg in hoofstuk IX, bied die skrywer in die laaste hoofstuk enkele slotbeskouinge aan. Hier bespreek hy dan ook die vraag of daar nie spore van die leenreg in die Suid-Afrikaanse reg aan te tref is nie. Sy gevolgtrekking is onder andere dat daar geen sprake van direkte toepassing van die leenreg in die Suid-Afrikaanse reg is nie maar dat, vir sover daar 'n wisselwerking tussen die leenreg, Romeinse reg en Romeins-Hollandse reg was, die leenreg vir die Suid-Afrikaanse juris, en veral vir die regshistorikus, van groot belang is. Met hierdie stellingname van die skrywer moet volkome akkoord gegaan word.

Daar moet ten slotte gestel word dat die skrywer pionierswerk op 'n betreklik onbekende gebied van die reg verrig het en die hoop word uitgespreek dat dit deur verdere navorsing op 'n dergelike vlak opgevolg sal word.

D H VAN ZYL
Lid van die Pretoriase Balie

DIE LEERSTUK VAN RATIFIKASIE IN DIE SUID-AFRIKAANSE VERTEENWOORDIGINGSREG

deur S R VAN JAARSVELD

HAUM Kaapstad/Pretoria 1974; xix en 288 bl; prys R7–95

Hierdie boek, wat tydens die tweede helfte van 1974 verskyn het, is 'n

onveranderde weergawe van die skrywer se doktorale proefskrif wat aan die einde van 1971 by die Universiteit van Pretoria voorgelê is. Soos die skrywer tereg in sy Algemene Inleiding opmerk, bestaan daar 'n behoefte in die Suid-Afrikaanse regsliteratuur aan 'n diepgaande bespreking van die grondslag, aard en vereistes van ratifikasie in ons reg.

Die feit dat die boek 'n onveranderde weergawe van die skrywer se proefskrif is, bring ongelukkig mee dat dit reeds by verskyning in sommige opsigte verouderd is. Die skrywer het nie kennis geneem van die verskyning van nuwe uitgawes van werke waarvan hy heelwat gebruik gemaak het nie. Daar word in die boek steeds verwys na die eerste uitgawe van Kaser se *Das römische Privatrecht* Bd I (München 1955) hoewel die tweede, aansienlik uitgebreide uitgawe reeds in 1971 verskyn het. In die bespreking van die Engelse reg word dikwels verwys na die tweede uitgawe van Fridman *The Law of Agency* (London 1966) – die derde uitgawe het in 1971 verskyn. Pas ná die voltooiing van die proefskrif het twee belangrike Suid-Afrikaanse werke nuwe, bygewerkte uitgawes beleef maar in sy boek verwys die skrywer nog na die verouderde uitgawes. Ek verwys hier na Mackeurtan se *Sale of Goods in South Africa* (3e uitgawe Kaapstad 1948) waarvan die vierde uitgawe bewerk deur B O'Donovan in 1972 verskyn het, en *Norman's Purchase and Sale in South Africa* (3e uitgawe Durban 1961) waarvan die vierde uitgawe deur C I Belcher ook in 1972 verskyn het. Die skrywer verwys deurgaans na die ongepubliseerde weergawe van prof S J Naudé se proefskrif *Die Regsposisie van die Maatskappydirekteur* hoewel die proefskrif reeds in 1971 in boekvorm verskyn het.

Voorgaande het moontlik nie die inhoud van die boek wesenlik geaffekteer nie – behalwe dat O'Donovan in die vierde uitgawe van Mackeurtan se *Sale of Goods in South Africa* (bl 7 n 9) nie die kontrak gesluit deur 'n minderjarige sonder ouerlike of voogdelike bystand as vernietigbaar beskou nie (sien die skrywer op bl 188 en 194 n 25).

Die inhoud van die boek word egter wel deeglik geaffekteer deur die skrywer se versuim om voldoende aandag te gee aan die bepalings van die nuwe Maatskappywet (61 van 1973). As gevolg van hierdie versuim is die hele bespreking van die maatskappy as prinsipaal (bl 214 e v), waar die ultra vires-leerstuk en kontrakte voor inkorporasie behandel word, by verskyning verouderd. Die skrywer sê in sy voorwoord dat die nuwe Maatskappywet "die ultra vires-leerstuk soos voorheen gegeld, radikaal gewysig (het) sodat die bespreking van dié leerstuk vir sover ratifikasie ten aansien daarvan toepassing vind, dermate ook geaffekteer word. Volledigheidshalwe is die bespreking egter onveranderd gelaat sodat dit nou bloot van regshistoriese belang is". Teen die behoud van die bespreking om die regshistoriese belang daarvan het ek geen beswaar nie, maar sou 'n mens nie "volledigheidshalwe" ook 'n bespreking van art 36 van die nuwe wet kon verwag nie? In 'n werk oor ratifikasie in die Suid-Afrikaanse reg kan eenvoudig nie volstaan word nie met 'n opmerking in 'n voetnoot dat "hierdie aangeleentheid word nou drasties geaffekteer deur art 36 . . ." (bl 228 n 18). Dat art 36 juis op die gebied van ratifikasie probleme skep, blyk uit die onlangse bespreking van S J Naudé "Company Contracts: The Effect of Section 36 of the New Act" (1974) 91 *SALJ* 315–336. Die vraag kan selfs gestel word of die skry-

wer nie reeds in sy proefskrif kennis moes geneem het van die verslag van die Van Wyk de Vries-kommissie waarin art 36 in die vooruitsig gestel is nie (RP 45-1970 §§ 27.01–27.28 en Aanbeveling 29).

Wat betref kontrakte voor inkorporasie bespreek die skrywer art 71 van die ou Maatskappywet (46 van 1926) en vermeld in 'n voetnoot (bl 229 n 37) dat die nuwe wet in art 35 "feitlik 'n ooreenstemmende bepaling" bevat. Die verskille tussen die ou art 71 en die nuwe art 35 is nie onbeduidend nie en die skrywer moes in sy boek die bespreking van hierdie aangeleentheid op die nuwe artikel toegespits het.

Die redaksionele versorging van 'n boek is 'n veeleisende taak en foute kan deurglip ten spyte van noulettende aandag aan die fynste besonderhede. Ek wil derhalwe nie onnodig puntenerig wees nie, maar ek vind die afwerking van die boek uitermate slordig. Waarom, byvoorbeeld, word in die verwysings en in die bibliografie die titel van 'n tydskrifartikel in sommige gevalle gegee en in sommige gevalle nie, en waarom word by boeke in sommige gevalle die plek en jaar van publikasie vermeld, in sommige gevalle net die jaartal en in sommige gevalle nòg plek nòg jaartal?

Die skrywer se sisteem (of gebrek aan 'n sisteem) van verwysing besorg die leser heelwat ergernis. As voorbeeld kan dien die wyse waarop daar na Kaser se *Das römische Privatrecht* Bd I (München 1955) en sy *Das römische Zivilprozessrecht* (München 1966) verwys word. Op bl 17 n 10 word eersgenoemde werk vir die eerste keer aangehaal en wel aldus: "Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, 230." Op bl 38 word daar by twee geleenthede na dié werk verwys soos volg:

bl 38 n 12: "Op. cit. 482."
bl 38 n 25: "Kaser, loc. cit."

Ten einde vas te stel wat "op. cit." en "Kaser, loc.cit." op bl 38 beteken, moet die leser sy pad deur die voorafgaande verwysings ploeg na bl 17 n 10.

Op bl 38 n 30 word die tweede van Kaser se bovermelde werke vir die eerste keer aangehaal soos volg:

"Kaser, Das Römische Zivilprozessrecht 152 ev".
(terloops, elders word die afkorting sqq en nie ev gebruik nie).

Op bl 39 en 40 volg daar 'n aantal verwysings na "Kaser" en "Kaser, op. cit." (n 36 37 42 43 49 en 63). Hierdie is almal verwysings na *Zivilprozessrecht*. Op bl 40 n 71 word daar dan weer verwys na "Kaser, Das Römische Privaatrecht I, 508". Op dieselfde bladsy in n 82 volg 'n verwysing na "Kaser, 508" en slegs as die leser terugkyk na n 71 besef hy dat "Kaser" nou weer *Privatrecht* beteken en nie meer *Zivilprozessrecht* nie. Op bl 41 in n 86 88 97 en 100 word 'n nuwe verwysing vir *Privatrecht* gebruik: "Kaser, I." Op bl 41 n 104 word verwys na "op. cit. 239" wat vermoedelik *Privatrecht* is. Op bl 42 n 134 word *Privatrecht* weer aangedui met "Kaser" hoewel dit in die vorige verwysings aangedui is met "Kaser, I" en "op. cit.", en terwyl "Kaser" in vroeëre verwysings ook *Zivilprozessrecht* beteken.

Die gevolg van hierdie manier van verwysing is dat die leser steeds aan die raai is na watter van die twee werke van Kaser verwys word. Al die ver-

wysings volg hierdie patroon wat meebring dat die leser gedurig aan die rondskarrel is om uit voorafgaande verwysings en die bibliografie te probeer vasstel wat 'n "op. cit." of 'n skrywer se naam met 'n bladsynommer daaragter nou eintlik verteenwoordig.

Die Latynse afkortings *loc cit* en *op cit* word feitlik deurgaans gebruik, behalwe dat op bl 37 n 11 'n werk van Joubert met die Afrikaanse afkorting "a w" aangedui word. In die voorafgaande verwysings soek die leser tevergeefs na 'n verwysing na 'n werk van Joubert en moet hy hom dus tot die bibliografie wend. Op bl 264 word twee werke van Joubert vermeld, 'n proefskrif en 'n tydskrifartikel. Uit die feit dat die verwysing op bl 37 n 11 na bl 41 van "a w" is, kan die leser nou aflei dat die verwysing na Joubert se proefskrif moet wees en nie na die tydskrifartikel nie want dié verskyn volgens die verwysing in die bibliografie op bl 110–112 van die *THRHR* (in der waarheid verskyn die artikel op bl 109–125).

Oor ander vormgebreke kan daar nog heelwat gesê word maar ek volstaan met 'n aantal voorbeelde. Bylae III op bl 279 bevat 'n lys van afkortings wat in die werk gebruik word. Waarom twee afkortings vir die *All England Law Reports*: die gebruiklike "All ER" en 'n ongewone "AER"? Ook vir die *Harvard Law Review* is daar twee afkortings: "Harv. LR" en "HLR", maar op bl 140 n 2 word nie een van die twee gebruik nie. Dieselfde geld t o v die *American Law Review* (afgekort "ALR") wat op bl 157 n 63 volledig uitgeskryf word. In die lys word die *Modern Law Review* afgekort na "MLR", maar op bl 229 n 28 word "Mod LR" gebruik. In die bibliografie (bl 261) kom die leser af op die afkorting "SDHI" wat nie in die lys van afkortings verskyn nie, maar as daar op bl 38 n 25 na dié werk verwys word, word dit volledig uitgeskryf, *Studia et documenta historiae et iuris.*

Die wyse waarop daar na tydskrifte verwys word en waarop hofbeslissings aangehaal word, is nie konsekwent nie. Op bl 140 n 2 word byvoorbeeld die volgende twee verwysings aangetref:

"(1920), 29 Yale Law Review, 886 e.v."
"1895, 9 Harvard Law Review, 60 e.v."

Na die *Modern Law Review* word aldus verwys:

"17 MLR (1954) p. 36" (op bl 156 n 24).
"1968 Mod LR 690–1" (op bl 229 n 28).

Vir die ou Kaapse hofverslae word die tans gebruiklike SC gebruik. So word *Wright v Williams* op bl 232 n 113 aangehaal onder die verwysing "8 SC 166". Die beslissing in *Watson v Burchell* wat in die volgende band van dieselfde reeks verskyn, word egter aangehaal as "9 Juta 5" (bl 246 n 53). Op bl 157 word in agtereenvolgende verwysings (n 66 en 67) na twee Amerikaanse beslissings uit dieselfde reeks hofverslae aldus verwys:

"(1861) 14 Wisonsin 630."
"69 Wisconsin, p. 43 (1887)."

Uit voorgaande voorbeelde is dit verder duidelik dat die skrywer se gebruik (en nie- gebruik) van kommas, hakies, punte en "p." heeltemal willekeurig is.

In die skrywer se aanhalings uit die werke van Duitse geleerdes kom die volgende eienaardighede voor: "dazz" (bl 37 n 4 en bl 83 87 88 en 89); "regelmäzzig" (bl 83); "gewizz" en "izzt" (bl 84); "blozz" en "Kentnizz" (bl 87); "ausschliezzlich" (bl 88) en "abschliezzt" (bl 89). Die enigste verklaring wat ek hiervoor kan bied, is dat die skrywer onklaar getrap het met die Gotiese lettertipe van die ouer Duitse werke. Elders word byvoorbeeld "dass" (bl 84) en "abschliesst" (bl 91) korrek aangehaal.

Ten slotte, om my gekyf oor vormgebreke mee af te sluit, net die volgende. Waar die skrywer op bl 211 n 77 sê: "Sien bl 370 sqq." het ons waarskynlik te doen met 'n verwysing na die bladsye van die getikte proefskrif wat die skrywer per abuis nie aangepas het nie – die verwysing moet wees na bl 198 van die boek. In die bibliografie onder die naam van Honoré verskyn die verwysing "1959 SALJ 22" – die jaartal is verkeerd want dit is klaarblyklik 'n verwysing na A M Honoré se artikel "Degrees of Invalidity" (1958) 75 *SALJ* 22–38.

Die boek is in ses dele verdeel. Deel I bestaan uit 'n kort algemene inleiding waarin die skrywer om vermeld dat hy die bespreking van die onderwerp beperk tot gevalle waar die verhouding tussen prinsipaal en verteenwoordiger kontraktueel van aard is of veronderstel is om dit te wees. Statutêre verteenwoordigers soos voogde en kurators val dus buite die bestek van die bespreking.

In deel II, wat in twee afdelings verdeel is, word die gemene reg behandel. In afdeling I word die Romeinse reg bespreek, dog die bespreking bied nie meer as 'n oorsig van die huidige stand van ons kennis van die Romeinsregtelike *ratihabitio* nie. Die oorsig bevredig nie die behoefte nie (en is waarskynlik nie bedoel om dit te doen nie) wat daar bestaan aan 'n algehele nuwe ondersoek van die aangeleentheid in die Romeinse reg (sien Kaser *Das römische Privatrecht* Bd I 2 Aufl München 1971 bl 265 n 42).

In afdeling II van deel I word die regsposisie bespreek soos dit was in die tydperk vanaf die glossatore tot die begin van die negentiende eeu. Die skrywer toon aan dat daar in hierdie tydperk nie 'n onderskeibare sisteem van regsreëls rondom die figuur ratifikasie ontwikkel het nie maar slegs verskeie los reëlings wat oor die algemeen fragmentaries van aard was.

In deel II word die ratifikasie-leerstuk in enkele moderne regstelsels, in besonder die Duitse, Nederlandse en Franse reg behandel, en in deel IV kom die Engelse reg aan die beurt. Na aanleiding van die posisie in veral die Duitse reg doen die skrywer aan die hand dat daar in ons reg onderskei moet word tussen ratifikasie en bevestiging. Ratifikasie moet dan beperk word tot die verteenwoordigingsreg terwyl bevestiging buite dié sfeer aangewend moet word. Die skrywer toon aan dat daar enkele aanknopingspunte vir so 'n onderskeiding in ons reg bestaan. Ek vind dit jammer dat die skrywer nie die implikasies van hierdie ingrypende suggestie meer volledig uitgewerk het nie. Die teoretiese grondslag en praktiese werking van so 'n onderskeiding in ons reg word in die lug gelaat. Hoewel die skrywer die onderskeiding uit die Duitse reg haal, plaas hy ratifikasie op heeltemal 'n ander teoretiese grondslag as *Genehmigung* in die Duitse reg. In die Duitse reg is nietige regshandelinge buite verteenwoordigingsverband vatbaar vir bevestiging – § 141

BGB praat van *Bestätigung* van *ein nichtiges Rechtsgeschäft* en van *ein nichtiger Vertrag*. Die voorwerp van *Genehmigung*, daarenteen, is ingevolge § 177 *BGB* 'n geldige kontrak deur 'n volmaglose verteenwoordiger aangegaan waaraan deur ratifikasie *Wirksamkeit* verleen word. In teenstelling hiermee gaan die skrywer van die standpunt uit dat "ratifikasie slegs toepassing kan vind ten aansien van handelinge wat geen regskrag hoegenaamd besit nie, met ander woorde absoluut nietig is" (bl 188).

Die standpunt dat "die gebrekkige handeling van die verteenwoordiger na sy wese nietig is vanweë die afwesigheid van die prinsipaal se volmag" (bl 257) is die fondament van die skrywer se betoog in deel V waarin die Suid-Afrikaanse reg bespreek word. Hierdie gevolgtrekking grond die skrywer alleenlik op die volgende dictum van ar Van den Heever in *Edelstein v Edelstein* 1952 3 SA 1 (A) op bl 10:

> "By *ratihabitio* or *confirmare* a Latin author does not mean to convey the reinforcement of something tainted with less than the absolute degree of voidness (whatever that may mean) but to give a legal basis to something which hitherto had no legal foundation at all."

Daar moet eerstens in gedagte gehou word dat die *Edelstein*-saak handel oor 'n *huweliksvoorwaardekontrak*, sonder bystand deur 'n minderjarige gesluit, wat *sui generis* is in soverre dit die *status* van die partye raak. Tweedens handel die aangehaalde dictum slegs oor die gebruik van twee Latynse terme deur skrywers in Latyn en regverdig dit op sigself nie die verreikende gevolgtrekking dat die appèlhof beslis het dat in die *Suid-Afrikaanse reg* ratifikasie slegs toepassing kan vind ten aansien van handelinge wat "absoluut nietig" is nie (bl 188). Derdens kan die vraag gestel word of die stelling van ar Van den Heever korrek is – 'n vraag waarop die skrywer nêrens ingaan nie, ook nie in sy bespreking van die Romeinse en Romeins-Hollandse reg nie. Vierdens skaats die skrywer baie ligtelik oor die fundamentele beswaar dat 'n nietige handeling nie vir ratifikasie vatbaar kan wees nie. Hoewel hierdie beswaar die kern van sy hele betoog raak, beskou die skrywer dit as "nie te ernstig nie" (bl 206). Die onvermydelike gevolg van hierdie houding is dat die skrywer geen diepgaande analise bied van 'n vraagstuk wat sy basiese uitgangspunt wesenlik raak en waaroor daar al uitvoerig gedisputeer is nie. Die skrywer handel inderdaad die beswaar af in minder as 'n halwe bladsy. Hy verwys weer eens na die bovermelde dictum in die *Edelstein*-saak, en verder na T E Holland se buitengewone kategorie van nietige handelinge waar "the deficiency (in any one of the *essentialia negotii*) can be waived, or is cured by lapse of time" (*The Elements of Jurisprudence* 13th ed Oxford 1924 bl 124–125). Die skrywer voer aan dat "deur middel van ratifikasie word een van die essentialia negotii nl. volmagsbestaan, aangevul" (bl 206). Die beskouing dat volmagsbestaan een van die *essentialia* van 'n geldige kontrak is, kan bevraagteken word want *essentialia* dui gewoonlik op die wesenlike bestanddele, dws die *inhoud*, van 'n kontrak (sien Hiemstra & Gonin *Engels-Afrikaanse Regswoordeboek* s v "essential(s)"). En as volmagsbestaan een van die *essentialia* is, waarom is handelingsbevoegdheid dit dan nie? (Die skrywer voer op bl 189 aan dat 'n minderjarige se kontrak "allermins nietig" is en "oor beperkte regskrag" beskik).

Die skrywer gaan van die standpunt uit dat 'n kontrak sonder volmag

gesluit slegs nietig of vernietigbaar kan wees, met as enigste ander alternatief die moontlikheid dat daar 'n natuurlike verbintenis ontstaan (bl 203). Die aangehaalde dictum uit die *Edelstein*-saak word onmiddellik voorafgegaan deur 'n waarskuwing deur ar Van den Heever dat "it is unsafe to classify transactions into those which are voidable and those which are void and then to draw conclusions from the classification". Daarná het verskeie skrywers aangetoon dat die verdeling van onvolmaakte regshandelinge in slegs twee kategorieë onbevredigend is, en dat ons worstel met 'n terminologie wat te eng is (sien bv C C Turpin (1955) 73 *SALJ* 58 en A M Honoré (1958) 75 *SALJ* 32). Hoewel die skrywer die Duitse reg taamlik uitvoerig bespreek en 'n belangrike aanbeveling vir die Suid-Afrikaanse reg daaruit haal, vermeld hy nêrens dat daar in die Duitse reg onderskei word tussen nietige, vernietigbare en ratifiseerbare handelinge nie (*genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäfte*, sien bv die bespreking van *Rechtsgeschäfte* deur Jürgen Baumann *Einfürhrung in die Rechtswissenschaft* 2e Aufl München 1970 bl 189 e v). Ook vermeld hy nie die feit nie, en werp hy nie 'n kritiese oog daarop nie, dat Wouter de Vos in 'n boekbespreking aanbeveel het dat ratifiseerbare handelinge ook in die Suid-Afrikaanse reg as aparte kategorie onderskei moet word (1962 *Acta Juridica* 144 op bl 148).

Die woord "kontrak" kan meer as een betekenis hê en die gebruik van die woord kan aanleiding gee tot verwarring. W N Hohfeld (*Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning* ed W W Cook Yale University Press 1964) wys op bl 30–31 daarop dat daar onderskei moet word tussen fisiese feite en die verbintenisse wat daaruit ontstaan. Hy gaan dan voort:

> "Passing to the field of contracts, we soon discover a similar inveterate tendency to confuse and blur legal discussions by failing to discriminate between the mental and physical facts involved in the so-called 'agreement' of the parties, and the legal 'contractual obligation' to which those facts give rise. Such ambiguity and confusion are particularly evident in the use of the term 'contract'.
> One moment the word may mean *the agreement* of the parties; and then, with a rapid and unexpected shift, the writer or speaker may use the term to indicate the *contractual obligation* created by law as a result of the agreement".

Die skrywer gebruik die woord "kontrak" in laasgenoemde, meer omvattende betekenis van die kontraktuele verbintenisse wat daar tussen die partye ontstaan. Vandaar die sienswyse dat een van die "vereistes vir 'n kontrak gesluit dmv verteenwoordiging" die bestaan is van "genoegsame volmag" (bl 198). Dat die skrywer wel bewus is van die moontlike dubbelsinnigheid in die gebruik van die woord "kontrak" blyk uit sy kritiek op 'n standpunt van prof Powell as "nie baie suiwer nie tensy Powell natuurlik hier aan die begrip 'agreement' dieselfde betekenis heg as 'contract'" (bl 145).

Tog kom dit voor asof die skrywer nie altyd besef dat die uitgangspunt van talle skrywers (en van die Duitse *BGB*) gefundeer is op die onderskeid tussen die feitelike gebeurtenis van die afspraak of ooreenkoms of kontrak enersyds, en die daaruit voortvloeiende verbintenisse andersyds nie. Op bl 119 haal die skrywer byvoorbeeld die volgende woorde van die Belgiese juris Jauw aan:

> "Men kan hierbij dus moeilijk volhouden, dat er ondanks het ontbreken van een volmacht, geen wilsovereenstemming en derhalve geen overeenkomst bestaat. Het betreft hier een overeenkomst tusschen den onbevoegden verteenwoordiger en den

derde-contractant. Eerst na bekrachtiging gaat de werking der overeenkomst, naar gelang de verklaring tot den vertegenwoordiger of tot den derde gericht is, via den gemachtigde of rechtstreeks op den vertegenwoordigde over".

Die skrywer onderskryf Jauw se standpunt dat die derde en die verteenwoordiger as handelende partye optree

"en dat dit dus hulle wille (*sic*) is wat *consensus* bewerkstellig en gevolglik ook 'n ooreenkoms. Aan die ander kant moet die standpunt dat genoemde ooreenkoms voor bekragtiging nie nietig of vernietigbaar is nie maar swewend opgeskort is, ernstig bevraagteken word. Hiervolgens kan enige verteenwoordigingskontrak dus geldiglik sonder die aanwesigheid van volmag tot stand kom behalwe dat die afdwingbaarheid daarvan opgeskort is".

Hierdie kritiek is misplaas want Jauw het dit oor die ooreenkoms tussen derde en verteenwoordiger as feitelike gebeure, terwyl die skrywer met "verteenwoordigingskontrak" die kontraktuele verbintenisse tussen prinsipaal en derde bedoel. Om dieselfde rede ervaar die skrywer probleme met die Duitse reg want die *Repräsentationstheorie* van Herman Buckha waarop die tersake artikels van die *BGB* gebaseer is, gaan uit van dié onderskeiding (sien die woorde van Buckha aangehaal op bl 87). In sy hantering van die Duitse reg beland die skrywer dan ook in teenstrydighede. Op bl 203 verklaar hy:

"Die indruk word deur art 177(1) geskep asof V en D alreeds 'n kontrak tot stand gebring het voor ratifikasie maar dat die werking daarvan (let wel nie die geldigheid nie) afhanklik gestel word van P se ratifikasie maw daar kom 'n kontrak tot stand maar dit is onderhewig aan die werking van 'n opskortende voorwaarde".

Op bl 84 word, daarenteen, verklaar:

"Genehmigung beteken dan ook basies die geldigmaking van 'n handeling wat sonder volmag verrig is".

Vervul *Genehmigung* in die Duitse reg 'n dubbele rol, geldigmaking van 'n handeling wat sonder volmag verrig is en vervulling van 'n opskortende voorwaarde?

Die skrywer aanvaar die representasieteorie in soverre hy van mening is dat "die verteenwoordiger regtens as handelende party by die verteenwoordigingsituasie optree" (bl 199 ev.) Met die sienswyse dat die verteenwoordiger deur sy eie wilsverklarings regte en verpligtinge vir sy prinsipaal skep, is ek dit eens, maar hierdie sienswyse kan moeilik gehandhaaf word in die lig van die skrywer se uitgangspunt dat die handeling van die volmaglose verteenwoordiger "absoluut nietig" is. Daarom vind ek dit effens merkwaardig dat die skrywer die volgende woorde van M F B Reinecke in 'n vonnisbespreking in (1966) 29 *THRHR* 171 op bl 175 met volkome instemming kan aanhaal (bl 200–201):

"Dit staan vas dat hoewel 'n verteenwoordiger geen party word tot die verbintenis voorvloeiende uit die kontrak wat hy vir sy prinsipaal gesluit het nie, hy wel 'n party tot die feitelike gebeurtenis van die afspraak of kontrak is: dit is hy wat aan die regskepping deel het en nie sy prinsipaal nie. Dit is immers sy wilsverklarings wat die verbintenisse uit die kontrak wat hy sluit, vir die prinsipaal in die lewe roep".

Reinecke se uitgangspunt is klaarblyklik gebaseer op die siening dat 'n kontrak 'n *verbintenisskeppende ooreenkoms* is, 'n afspraak "gemaak met die bedoeling om 'n verbintenis of verbintenisse in die lewe te roep" (De Wet &

Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* (3e uitgawe Durban 1964 bl 6)). As die verteenwoordiger regtens as handelende party optree, volg dit dat die afspraak of ooreenkoms of kontrak tot stand kom tussen verteenwoordiger en derde party. Die resulterende *verbintenisse* kom, ooreenkomstig die bedoeling van die partye by die *kontrak*, tot stand tussen prinsipaal en derde party. Ook De Wet & Yeats gaan uit van hierdie onderskeid en dit kom voor asof die skrywer, vanweë sy versuim om die onderskeid te maak en sy eie gebruik van die woord "kontrak", nie hul standpunt begryp nie – hy beskryf hul sienswyse as "nie heeltemal duidelik nie" (bl 205). Dit is jammer dat die skrywer voormelde onderskeiding nie maak nie (of hy daarmee saamstem of nie is 'n ander saak) want dit inhibeer sy kritiek (en waardering?) van die standpunte van verskeie skrywers.

Die skrywer verklaar op bl 209 "dat daar geen geldige kontrak voor ratifikasie tussen P en D of D en V bestaan nie". Op bl 206 word verklaar dat in gedagte gehou moet word dat vóór ratifikasie "daar wilsooreenstemming tussen V en D binne die raamwerk van die nietige kontrak bestaan, waarvan die strekking is dat 'n spesifieke kontrak met 'n besondere inhoud kwansuis tussen P en D tot stand kom." Bedoel die skrywer hiermee, of doen ek hom 'n onreg aan, dat indien V wel met die nodige volmag beklee is daar 'n kontrak tussen V en D tot stand kom "waarvan die strekking" is dat 'n kontrak met 'n besondere inhoud tussen P en D tot stand kom? Indien die skrywer in die tweede geval (tussen P en D) gepraat het van die totstandkoming van 'n verbintenis of verbintenisse, sou sy stelling meer sin gemaak het.

Voorgaande teoretiese uitgangspunte van die skrywer gee aanleiding tot 'n aantal verdere gevolgtrekkings waarmee ek dit nie eens is nie. As voorbeeld verwys ek na sy bespreking van die terugtrede van die derde vóór ratifikasie (bl 206 ev; die skrywer het ook sy gevolgtrekkings gestel in sy artikel "Terugtrede van 'n Derde voor Ratifikasieverklaring" (1974) 37 *THRHR* 133–147).

In hoofstuk 29 (bl 213 ev) behandel die skrywer die partye by ratifikasie, 'n nuttige bespreking behalwe die reeds vermelde tekortkominge in die bespreking van die maatskappy as prinsipaal. In navolging van om De Wet & Yeats (bl 87) grond die skrywer die volmaglose verteenwoordiger se aanspreeklikheid teenoor die derde op wanvoorstelling en verwerp hy hy D J Joubert se verdediging van die waarborg van volmagsbestaan as die grondslag van aanspreeklikheid ((1969) 32 *THRHR* 109–125). In hoofstuk 30 bespreek die skrywer die formele aspekte in verband met ratifikasie.

Deel VI van die boek bestaan uit 'n bibliografie, 'n lys van aangehaalde beslissings, 'n lys van afkortings, 'n register en kort samevattings in Engels en Afrikaans.

My indrukke van die boek kan soos volg saamgevat word: die teoretiese uitgangspunte van die skrywer is nie altyd konsekwent nie en (vir my altans) tot groot hoogte onaanvaarbaar. 'n Belangrike uitgangspunt (dat die volmaglose handeling van die verteenwoordiger "absoluut nietig" is) en 'n ingrypende aanbeveling (dat daar in ons reg onderskei moet word tussen ratifikasie en bevestiging) word myns insiens nie indringend genoeg ontleed en genoegsaam gemotiveer nie. Die feit dat die skrywer nie sy proefskrif

vóór publikasie in boekvorm aangepas het by tussentydse ontwikkelinge nie, bring mee dat die boek by verskyning in een belangrike opsig verouderd is. Die redaksionele afwerking is slordig en die taak van die leser word daardeur bemoeilik.

H J ERASMUS
Universiteit van Suid-Afrika

OBSERVATIONES TUMULTUARIAE NOVAE

WILHELMI PAUW

Ediderunt R Feenstra, W L de Koning-Bey, L E van Holk, H W van Soest, *Tomus Tertius, Tjeenk Willink, Harlemi, 1972; vii en 557 bl*

Dit is 'n taamlike lang tyd sedert die eerste deel van die *Observationes Tumultuariae* van Van Bijnkershoek verskyn het. Ongeveer agt jaar vroeër het 'n belangrike artikel van Meijers ("Uitgegeven en onuitgegeven rechtspraak van de Hoogen Raad en van het Hof van Holland, Zeeland en Westfriesland" *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* I (1918–19) 400 e v) verskyn waarin hy gewys het op die belangrikheid van die publikasie van sulke vonnisse vir die regsgeskiedenis en in besonder vir die Romeins Hollandse reg. Deur samewerking van Nederlandse en Suid-Afrikaanse regsgeleerdes (Meijers, De Blécourt en Bodenstein) het die eerste deel van Van Bijnkershoek se "Hofverslae" van die verrigtinge in die *Hooge Raad* verskyn. Hoewel die eerste deel reeds in 1926 verskyn het, was dit eers in 1962 dat Van Oosten die laaste deel, nl 'n sistematiese *compendium* van die geheel, gepubliseer het.

Dit is gelukkig dat daar geleerdes was wat bereid was om met die vervolg op hierdie *Observationes* van Van Bijnkershoek voort te gaan. Die vakman weet natuurlik dat die *Observationes* van Van Bijnkershoek verskyn het; hy weet ook dat dit voorheen slegs in manuskrip-vorm bestaan het en dus feitlik ontoeganklik was; hy weet ook dat Van Bijnkershoek 'n geruime tyd die president van die *Hooge Raad* was; ten slotte weet hy ook dat Van Bijnkershoek as een van ons groot Romeins-Hollandse juriste beskou word en ook dat sy *Observationes* aandag en waardering geniet het van die Suid-Afrikaanse howe en regsgeleerdes in die algemeen.

Pauw is in die algemeen minder bekend. Hy het nie baie gepubliseer nie. Hy word wel in Roberts se *Legal Bibliography* (1942) genoem, maar miskien is sy grootste bekendheid te wyte aan die feit dat hy Van Bijnkershoek se skoonseun was. Van groter belang is egter die feit dat hy vanaf 1743 'n raadsheer in die *Hooge Raad* was en later, vanaf 1784 tot sy dood in 1787, die president van daardie hoogste hof was. Verder het hy, net soos sy skoonvader, gedurende sy loopbaan as regter in die *Hooge Raad* verslag gehou van die prosesse wat daar gedien het. Net soos in die geval van sy skoonvader was die bedoeling ook nie dat sy "hofverslae" gepubliseer sou word nie. Daarom is dit ook vol van persoonlike opmerkings wat daarop dui dat hy somtyds maar weinig agting vir die regskundigheid van sy kollegas in die *Hooge Raad* gehad het. Somtyds is sy op- en aanmerkings nie alleen skerp nie maar selfs lasterlik. Die verslae, net soos dié van Van Bijnkershoek is som-

tyds sterk persoonlik gekleur en is nou nie juis presies dieselfde as wat vandag van 'n hofrapport verwag word nie: die rapporte is nie objektief en onpersoonlik opgestel nie.

Die huidige is die derde band wat verskyn. Die eerste deel het in 1964 en die tweede in 1967 die lig gesien. Daar moet onthou word dat die *Observationes Tumultuariae* van Van Bijnkershoek ongeveer drie duisend verslae bevat. Hierdie van Pauw kom op ongeveer twee duisend neer wat dus 'n totaal gee van ongeveer vyf duisend verslae van die Hooge Raad, die hoogste hof in daardie tyd, en dit wil sê gedurende die agtiende eeu toe die Romeins-Hollandse reg ongetwyfeld sy hoogtepunt bereik het. Dit is dus amper nie nodig om te sê dat hierdie 'n uitermate belangrike bydrae tot die kennis van die Romeins-Hollandse reg vorm nie.

Hierdie laaste band bevat ongeveer sewe honderd verslae gedurende die periode 1771–1787 (vier bande van die manuskrip). Dit is baie duidelik waarom die laaste deel soveel langer op voltooiing gewag het as die ander dele. Dit is nie juis omdat dit soveel meer rapporte bevat nie, maar daar is 'n aantal baie nuttige registers aan die einde van die werk wat die drie bande van *Observationes* dek. Daar is 'n register van die onderwerpe, 'n register van aangehaalde gesaghebbende skrywers, 'n register van die bronne uit die *Corpus Iuris Civilis* en *Corpus Iuris Canonici* aangehaal, 'n register van die *Observationes* van Van Bijnkerhoek wat in die verslae aangehaal is en ook 'n register van die persone wat deur Pauw aangehaal is. Die register van die onderwerpe kon meer uitvoerig gewees het, maar die redakteurs van hierdie werk verdien alle lof en dank vir die werk wat verrig is. Die uitgawe is baie noukeurig nagesien en die aantal drukfoute wat altyd in elke publikasie voorkom, is tot 'n minimum gereduseer. Ons het dus 'n magdom van inligting oor die Romeins-Hollandse reg uit daardie belangrike tydperk tot ons beskikking.

Die waarde van dié publikasie sal met die verloop van tyd steeds meer blyk. Dit is van waarde op verskillende gebiede. As suiwer regshistoriese materiaal gee dit baie interessante blikke op die tydperk (die onrustige tye voor die revolusie) weer. Baie word vertel van die praktyk as sodanig en, net soos in die geval van die *Observationes* van Van Bijnkershoek is 'n mens gedurig bewus van die aktualiteit van die werksaamhede in die geregshof. Daarom is daar baie stof van 'n suiwer prosesregtelike aard wat vandag nie van soveel belang is nie ofskoon gegewens oor die bewysreg ongetwyfeld nie altyd sonder waarde is nie.

Wat die positiewe reg betref, is die versameling van baie waarde. Pauw het sy reg geken. 'n Mens kan dit eintlik verwag van die president van die *Hooge Raad*, alhoewel sy kommentaar oor die kundigheid van sommige kollegas 'n mate van skaduwee oor daardie vermoede kan werp! Die manier waarop hy sy verslae opstel en die manier waarop hy sy gesag hanteer, dui egter aan dat hy sy werk en sy reg geken het. Die sisteem waarop die verslag weergegee word, is nie altyd dieselfde nie. Dit hang baie van die aard van die betrokke proses af. Dikwels genoeg gee hy eers 'n kort opsomming van die feite, dan die aard van die argumente van die partye en vervolgens die bevindinge van die regters. Dit gebeur dikwels dat hulle dit nie met mekaar eens is nie en dan word ook dikwels tot 'n slotsom gekom wat enig-

sins na 'n kompromis kan lyk. Daar moet in ag geneem word dat die sisteem sodanig was dat die hof uitspraak gee as 'n eenheid en dit is nie die afsonderlike regters wat as indiwidue elkeen sy afsonderlike bevinding gee nie.

Soos gesê is, Pauw het sy reg geken. Dit blyk uit baie van die verslae (om een of twee voorbeelde te noem, no 1363 1348 1782 1783) en dit is veral interessant om te sien hoe hy sy gesag hanteer. Dit is ten eerste interessant om te sien watter gesag die hoofrol in die verslae speel. Die Romeinse reg en sy bronne, as basis van die Romeins-Hollandse reg, speel natuurlik 'n belangrike rol. Voet word vanselfsprekend baie aangehaal. Pauw se gesag vir die interpretasie van die Romeinse reg word natuurlik hoofsaaklik op die uitleg van die Franse Humaniste gebaseer, veral Cuiacius en Faber. As 'n mens 'n oomblikkie kyk na die *index auctorum* en die *index locorum e Coporibus Iuris Civilis et Iuris Canonici laudatorum*, dan word die posisie duidelik. Terselfdertyd blyk uit sommige van sy opmerkings hoe die geleerdes van destyds moeilikheid gehad het om die Romeins-Hollandse reg te vind. Net soos die hedendaagse mens wat iets met die reg te doen het dit uitermate moeilik vind om sy reg te ken en te vind, so was dit ook destyds. Hy wys ook daarop dat baie dan maar die reg bepaal ooreenkomstig "billikheid" of "beginsels". Dit is interessant om ook te sien hoe hy sommige van die ou skrywers se opinies teen mekaar opweeg wanneer dit nodig is.

Hierdie verslae, soos reeds gesê, is net soos dié van Van Bijnkershoek van betekenis vir die hedendaagse Romeins-Hollandse reg. Hulle is afkomstig van die hoogste hof van destyds en dit spreek vanself dat hierdie uitsprake nie geheel en al verwaarloos mag word nie in Suid-Afrika, waar die leerstuk van *stare decisis* in ag geneem word. Die waarde van die howe aan die vroeëre uitsprake heg en behoort te heg (en dit word met alle eerbied gesê), blyk duidelik uit die beslissing in die onlangse appèlhofsaak van *Welgemoed v Sauer* 1974 4 SA 1 (A) en meer in besonder uit die uitspraak van ar Jansen. Daarin word 'n duidelike voorkeur gegee aan die regspraak van destyds bo die opinies van ons ou skrywers.

Dit is vanselfsprekend dat baie van die stof in die verslae behandel nie vandag van praktiese belang is nie. Daar is reeds verwys na aangeleenthede van 'n prosesregtelike aard. Baie wat weergegee word, word tans in ons reg aanvaar en is dus nie iets nuuts nie. Desnietemin is daar 'n geweldige hoeveelheid inligting oor die Romeins-Hollandse reg wat nog nie volledig nagegaan is nie. Die *Observationes* van Van Bijnkershoek geniet miskien nie al die aandag wat hulle verdien nie. Tot dusver is die *Observationes* van Pauw grotendeels verwaarloos, maar darem nie geheel en al nie. In die besonder het die vraag of die Romeins-Hollandse reg 'n "algemene" verrykingsaksie geken het die geleerdes laat kyk na no 12 198 en 558 van die *Observationes* (daar moet verwys word na Scholtens "The General Enrichment Action that was" (1966) 83 *SALJ* 391 en "Unjust Enrichment" 1965 *Annual Survey of SA Law* 169; De Vos "Vaarwel aan die Algemene Verrykingsaksie" 1965/1966 *Acta Juridica* 269 en *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg* (1971 Juta 101 104 ev). Ook in die regspraak het hierdie *Observationes* erkenning gekry en is hulle gebruik in die uitspraak van regter Joubert in die onlangse saak van *SA Motor Acceptance Corporation* (*Edms*)

Bpk v Oberholzer 1974 4 SA 808 (T). Daar het dit gegaan oor die vraagstuk van *recusatio iudicis* en *excusatio iudicis*.

Daar is dus 'n magdom van stof wat van belang is vir die hedendaagse reg. Om na enkele voorbeelde te verwys: Daar is eerstens baie verslae wat handel oor onderwerpe soos die minderjarige, die reg wat die verhouding tussen eggenote reël, besit, servitute en die verskeie afsonderlike kontrakte. Die punt wat vir behandeling voorgekom het in die saak van *Eriksen Motors (Welkom) Ltd v Protea Motors, Warrenton* 1973 3 SA 685 (A) kom ook in *Observatio* 1783 voor; no 1304 is van belang vir die punte bespreek in *Vaal Transport Corporation (Pty) Ltd v Van Wyk Venter* 1974 2 SA 575 (T) en in *Smith v Saipem* 1973 4 SA 335 (T) en 1974 4 SA 918 (A). Die vraagstuk van *perturbatio animi* ivm die strafreg word in nommer 1387 aangeroer; die ou storie van die misdadiger wat gedrink het tot hy die nodige moed gehad het om sy oortreding te begaan word uitvoerig in no 1564 behandel; die vraagstuk of *perpetuum exilium* 'n grond vir egskeiding is, word in no 1414 behandel; die reël *odiosa sunt fideicommissa* word weer in no 1181 behandel. Daar is nog baie, baie meer.

Die ou probleem in verband met al die bronne van die Romeins-Hollandse reg kom inderdaad hier ook voor. Pauw maak net soos Van Bijnkershoek gebruik van Latyn as skryftaal. Dit is natuurlik die vloek van die moderne regslewe. Amper nog erger is die taamlik argaïese Nederlands wat ook tussenin gebruik word. Dit is bekend dat baie maar te bly is as hulle die gesaghebbende skrywers kan vermy, net vanweë daardie taalprobleem. Die redakteure van die werk is terdeë bewus van hierdie probleem en daar word in die vooruitsig gestel dat daar mettertyd miskien 'n verdere publikasie sal verskyn wat met medewerking van Suid-Afrikaners onderneem sal word. Dit sal die moeilikheid dan in 'n mate onderskep.

P VAN WARMELO
Universiteit van Suid-Afrika

THE CHARM OF LEGAL HISTORY

deur HERMAN VAN DEN BRINK

Adolf M Hakkert Ltd, Amsterdam 1974; 344 bl

Professor Van den Brink is bekend vir sy navorsing op die gebied van die argaïese reg. Hierdie werk van hom bevat twee reekse lesings wat hy hieroor as gasprofessor in Edinburgh gehou het. Veertien onderwerpe word in totaal behandel waarvan agt weergegee word onder die hoof van ou Romeinse reg en ses onder die hoof *Roman-Dutch Law*. Die onderwerpe hou nie juis altyd met mekaar verband nie en vorm, soos die skrywer dit self in sy voorwoord stel, *capita selecta*. Die titel van die boek is geneem van die titel van die bekende lesing van J C van Oven *De Bekoring der Rechtsgeschiedenis* (1948).

Die lesings self beslaan 215 bladsye van die boek. Die daaropvolgende bladsye (baie meer as 'n honderd) bevat voetnote (in kleinletters gedruk) wat as aanvulling by die stof van die lesings en as 'n wetenskaplike apparaat daartoe kan dien. Die hoeveelheid werk wat in die geheel gegaan het, is enorm

en is, in sy geheel, 'n baie belangrike bydrae tot die regsgeskiedkundige literatuur van die gebied van die Romeinse reg en *Roman-Dutch law*. (Die skrywer sal dit aan my veroorloof dat ek dit 'n bydrae op die gebied van regsgeskiedenis noem, alhoewel hy sy eie *credo* begin met die bekende woorde *Es gibt keine Geschichte des Rechts*). Dit is onnodig om 'n opsomming of 'n kritiese bespreking van al die *capita* afsonderlik te gee. Daar sal volstaan word met die volgende opmerkings.

In sekere opsigte is die eerste *caput* (*The Crisis of Roman Law*) die belangrikste want daarin stel die skrywer sy benadering tot die regsgeskiedenis. Ek glo dat ek sy standpunt kortliks as volg kan stel, naamlik dat die reg nie 'n outonome bestaan voer nie. Die reg vorm deel van die maatskappy en moet beskou word binne daardie raamwerk. Daaraan kan natuurlik nie getwyfel word nie en dus is die regswetenskap een van die sosiale wetenskappe. Vir die regshistorikus ook, volgens die skrywer, moet daar 'n "comprehensive approach to history" wees en hy moet die sosiale, ekonomiese en institusionele geskiedenis ook bestudeer. Verder konkludeer hy dat "the integral description of history requires a synchronic examination of the past". Kortom, alle verwante aspekte (as ek dit goed begryp) van 'n gegewe tydperk moet ondersoek word. Ten slotte, die bevindinge moet weergegee word op so 'n manier dat nie slegs die ingewyde dit kan verstaan nie. Hy verwerp die beoefening van regsgeskiedenis in 'n enge sin. (*Dogmengeschichte, Rechtsgeschichte, Institutionsgeschichte*) en streef na 'n historiese regsosiologie "the practice of the historical sociology of law". Ek dink dat dit nie afwyk van wat, in 'n meerdere of mindere mate, deur regshistorici in die algemeen nagestreef word nie. Na my mening moet daarna gestreef word om (indien moontlik) die denkprosesse van diegene wat hulle in die verlede met die reg besig gehou het na te spoor. Dit is dikwels van die belangrikste produkte van die verlede. Om aan te dui wat ek bedoel, kan ek sê dat ek glo dat een van die grootste foute van die Pandektiste was dat hulle hulle eie denkprosesse op die Romeinse reg toegepas het. 'n Mens kan jou voorstel hoe verbaas Tribonianus of selfs Justinianus sou gewees het as hulle kon sien wat die Pandektiste van hulle regstelsel gemaak het.

Die benadering van die skrywer, soos hierbo gestel, blyk ook uit die lesings. As voorbeeld kan die tweede *caput* geneem word. Daarin word oor die *rex* in die Romeinse oudheid gehandel maar die onderwerp word nie as 'n staatkundige instelling behandel nie. Daar word meer steun aan Frazer *The Golden Bough, a Study in Comparative Religion* gegee en aangesluit by daardie skrywer se beskouing van die *rex* as die *rex Nemorensis* en dus as 'n religieuse figuur. Die poging is dus om die figuur *rex* in 'n wyer perspektief te sien. Vir hierdie doel word nie slegs na historiese bronne gekyk nie, maar op 'n verantwoordelike manier word ook van 'n vergelyking met ander soortgelyke instellings in ander verband gebruik gemaak. Dit blyk sterk uit die derde *caput* wat begin met 'n aanhaling uit *Genesis* 23. Hieruit kom die skrywer ten slotte by die *clientes* in die vroeë Rome uit. Die pad gaan oor die Hittiete, wat in *Genesis* genoem word en wat Indo-Europeane was, en kom uit by die samesmelting van 'n Mediterreense bevolking met Indo-Europese groepe waaruit die Romeine ten slotte afgestam het. Eweneens, in die vierde *caput*, is die uitgangspunt die bekende verhaal uit die agtiende boek van

die Ilias waarin Homeros die skild van Achilles beskryf. Hieruit kom die skrywer by die Romeinse *legis actio per sacramentum* uit en, deur vergelyking, kom hy tot pertinente gevolgtrekkings.

Die redenasie is altyd indrukwekkend. Of dit altyd korrek of oortuigend is, is 'n ander saak. Die gegewens is nie altyd voldoende nie en, soos die skrywer self sê (bl 147), is dit vir die mens byna onmoontlik om hom ten volle in die verlede terug te plaas. Daar is altyd die gevaar van anachronismes en natuurlik die probleem van perspektief om gebrek aan voldoende gegewens nie eers te noem nie. Die historikus (soos iedereen) sal seker probeer om die verlede in sy korrekte perspektief te stel, maar hy is 'n mens en sal geneig wees om sy eie siening van die verlede daar te stel. Hy sou nie 'n mens wees as hy dit nie doen nie.

Vir die Suid-Afrikaanse leser sal die *capita* oor *Roman-Dutch law* sonder twyfel van belang wees. Hierdie *capita* handel egter nie oor *Romeins-Hollandse reg* soos dit gewoonlik in Suid-Afrika verstaan (of nie verstaan) word nie. Dit handel nie oor die *Rooms-Hollands-Regt* soos Van Leeuwen en sy tydgenote die begrip verstaan het nie, maar eerder oor dit wat vroeër in Nederland self as *Oud-Vaderlandsch Recht* (kyk De Blécourt se boek) bekend was. Soos die skrywer dit ook self stel (bl 130): "The subject of this series is therefore the Germanic element in Roman-Dutch law (and in modern Dutch private law)." Inderdaad word die geskiedkundige onderwerp in die reël geknoop aan die moderne Nederlandse reg. Die skrywer bevestig mi weer die uitgangspunt van Von Savigny, wat hierop neerkom dat jy die regsontwikkeling en die historiese agtergrond moet verstaan om die hedendaagse reg ten volle te begryp. Daarbenewens is die doel van die lesings ten dele om 'n oorsig van die studie van regsgeskiedenis in Nederland weer te gee. Daarom ook word ryklik uit Nederlandse literatuur geput.

Die geheel is 'n baie lesenswaardige boek. In 'n groot mate is dit daaraan te wyte dat die skrywer dikwels iets wat skynbaar niks met die reg te maak het nie as sy uitgangspunt neem. Daar is reeds na die skild van Achilles verwys. Om egter net enkele ander soortgelyke aanknopingspunte te noem: daar is nog die verhaal van Hephaestos, Ares en Aphrodite (wat die Homeriese gelag op Olympus laat dawer het) en die borgstelling van Poseidon wat daarop gevolg het, die testament van die varkie en die huwelikslewe van Jan Claasen en Katrijn. Om die belangstelling te prikkel, is daar enkele afbeeldinge. Die eerste is 'n afbeelding van die titelblad van die (eerste?) Franse vertaling van Erasmus Roterodamensis se *Éloge de la Folie*. Om hierdie afbeelding te waardeer, is dit nodig om na noot 6 op bladsy 229 sq te kyk. Erasmus het in sy werk die regsgeleerdheid aan die kaak gestel. 'n Ander afbeelding is dié van Hugo de Groot se standbeeld te Rotterdam. Ek neem aan dat die twee afbeeldinge getuig van die skrywer se verband met daardie stad (kyk na die lys van professore wat aan die verskillende Nederlandse universiteite vanaf 1800 Romeinse reg en Oud-Vaderlandsche Recht gedoseer het) afgesien van die feit dat De Groot een van die grootste Nederlandse juriste was.

P VAN WARMELO
Universiteit van Suid-Afrika

AN ATTEMPT TO UPDATE THE LAW OF EVIDENCE

by RUPERT CROSS

Distributed in Great Britain, the British Commonwealth and Europe by the Oxford University Press, London, 1974; 27 pages, price not stated.

This modest little publication, based upon a lecture and a talk given by Professor Cross in Israel during June, 1973, is in fact a commentary upon the 11th Report of the English Criminal Law Revision Committee. The report, to which was annexed a draft Criminal Evidence Bill, contains a number of proposals for the much needed reform of the English law of evidence in so far as it is applicable to criminal trials. Although the British parliament is still dragging its feet on these proposals (or perhaps because of it) the remarks of so eminent a lawyer on their merits and demerits are well worthy of consideration; and in this country, where we are about to embark on a review of our own law of evidence, they will no doubt be carefully studied by the South African Law Commission and other interested bodies or individuals. Unfortunately, despite its relevance and quality, the busy practitioner and presumably busy student will probably evince little interest in the publication; but it is strongly recommended to those concerned with the pending reform of the SA law of evidence. – C W H S

FATA IURIS ROMANI

deur ROBERT FEENSTRA

(*Études d'histoire du droit*) *1974 Leiden; bl xxxii en 408; prys fl75*

Hierdie werk is 'n huldigingsblyk van 'n ander as die gewone geaardheid. Dit is 'n versameling van geskrifte afkomstig van die hoogleraar wat saamgestel is deur 'n kollega en enkele bewonderaars en wat aan die hoogleraar aangebied is na vyf-en-twintig jaar se werksaamheid as professor. Dit was 'n baie mooi gedagte om hom op hierdie manier te huldig, want op hierdie manier word 'n twintigtal geskrifte van Feenstra in een band versamel wat 'n deursnit van sy gehele werk gee.

Dit sal duidelik wees dat hierdie soort werk hom moeilik tot resensie leen. Aan die ander kant is dit egter wenslik om die werk bekend te stel omdat Feenstra 'n internasionale reputasie het en geensins in Suid-Afrika onbekend is nie. 'n Mens kan daarom volstaan deur te sê dat hierdie 'n werk van die hoogste wetenskaplike waarde is. Diegene wat vertroud is met sy geskrifte sal ook bekend wees met sy besondere noukeurigheid en sy grenslose geduld om die geringste besonderheid naarstiglik na te gaan en korrek weer te gee. Sy versigtige, maar tegelykertyd kritiese oordeel, is nog 'n verdere kenmerk van sy werksaamheid en die gebied van sy regshistoriese kennis ken eintlik geen tydelike of plaaslike grense nie. Hy is bekend as Romanis en in besonderheid is sy vertroudheid met die regsgeskiedenis in die Middeleeue spreekwoordelik. Daarbenewens is sy werksaamhede op die gebied van

die regsgeskiedenis van die Nederlandse en ander Europese gebiede nog verder van besondere belang. Dit is dus nie vreemd dat hy 'n internasionale bekendheid en agting verwerf het nie en dit word dan ook betuig deur die vier doktorsgrade (*honoris causa*) wat die universiteite van Dijon, Sienna, Montpellier en Gent aan hom toegeken het. Sy betekenis as regsgeleerde blyk owerigens ook duidelik as 'n mens na sy indrukwekkende lys van publikasies (boeke, artikels, resensies, ens.) vooraan in die boek kyk. Hulle is gepubliseer in die mees vooraanstaande tydskrifte of soortgelyke publikasies wat vandag bekend is op die gebied van die regswetenskap.

Dit is interessant dat die keuse van die gepubliseerde artikels deur die skrywer self gemaak is. Die artikels is gekies uit bronne wat nie altyd so maklik beskikbaar is nie en artikels in Nederlands geskryf of in tydskriftereekse gepubliseer wat maklik bekombaar is, is met opset uitgeskakel. Maar ongetwyfeld sal hierdie artikels produkte wees wat die skrywer self as van sy mees belangrike werke beskou. Wat verder van belang is, is dat hierdie artikels oor 'n taamlike lang tydperk geskryf is, maar tog nie juis verouderd geraak het nie. Vir sover dit nodig is, het die skrywer self die artikels aangevul in die vorm van 'n aantal toevoegings wat aan die end van die werk gevind word. Op hierdie manier word die stof, waar nodig, op datum gebring.

Die artikels wat gepubliseer word, word in vier groepe verdeel. Die eerste groep bevat vier artikels waarna die Suid-Afrikaanse leser, nie sonder belangstelling nie, kennis van kan neem, want dit het betrekking op die resepsie van Romeinse reg in die Nederlande. Hoofsaaklik blyk hieruit hoe en wanneer die resepsie van die "geleerde" Romeinse reg plaasgevind het en ook wat onder die begrip "Keiserlike reg" verstaan moet word. Wat die tweede groep betref, word hier drie artikels aangetref betreffende regsgeskiedkundige probleme ten aansien van die ou Franse en Spaanse reg. Die derde groep bevat tien artikels en het betrekking op die Romeinse reg en sy beoefenaars in die Middeleeue. Dit is nie vreemd nie dat hierdie afdeling die omvangrykste is. Dit is juis op hierdie gebied dat die skrywer 'n erkende deskundige is. Nederland is gelukkig dat die land so 'n waardige opvolger vir Meijers kon lewer wat ook so 'n hoogstaande geleerde op hierdie gebied was.

Die vierde afdeling bevat drie artikels wat ook weer die beoefenaar van die reg en sy wetenskap in Suid-Afrika se aandag in besonder behoort te geniet. Hierdie drie artikels handel oor grepe uit die regsgeleerde werksaamhede van Hugo de Groot. Die artikels is natuurlik geskryf vir 'n internasionale leserskring, want De Groot is 'n internasionale figuur op die gebied van die regswetenskap. 'n Mens is somtyds geneig om in Suid-Afrika hierdie feit te vergeet. Hierdie drie studies toon weer die agtergrond van De Groot en sy werk en dui aan in watter mate hy deur Middeleeuse regsgeleerdes, en in besonder deur Kanoniste, beïnvloed was.

Die uitgawe is uitstekend versorg en die leser sal hom graag met die huldebetuiging van die samestellers wil verenig.

PAUL VAN WARMELO
Universiteit van Suid-Afrika

SOUTH AFRICAN MERCANTILE AND COMPANY LAW

deur J T R GIBSON (bygestaan deur R G COMRIE)

(Derde Uitgawe)

Juta & Kie 1975; xxviii en 599 bl; prys R21,00 (R17,50 vir sagtebandomslag)

Die gewildheid van hierdie werk blyk uit die feit dat die tweede uitgawe, gedateer September 1966, driemaal herdruk is. Hierdie derde uitgawe is egter nie 'n herhaling van die tweede uitgawe met byvoegsels van nuwe inligting in voetnotas nie. Inderdaad bevat hierdie uitgawe 'n verwerking van die tersake nuwe materiaal in die teks. Dit is 'n navolgenswaardige voorbeeld.

Die doel van die werk is om op eenvoudige wyse die tersake beginsels van handelsreg en maatskappyereg uiteen te sit. Die boek is bedoel vir handelstudente en dit is slegs in tweede instansie dat die werk gerig word aan die adres van die regspraktisyn. Uit die oogpunt van die regstudent kan die werk gekritiseer word in die volgende opsigte:

(a) Die definisies is onwetenskaplik, soos dié van 'n kontrak of van 'n koopkontrak.

(b) Die indeling van die onderskeie hoofstukke is onduidelik. Daar word gebruik gemaak van hoofde en subhoofde, asook van 'n nommering van sekere paragrawe, maar die verkieslike desimale sisteem word ongelukkig nie gevolg nie. Dit maak dit dus dikwels moeilik om 'n besondere onderwerp in sy geheel te identifiseer.

(c) Die immaterieelgoederereg word nie behandel nie. Die student bly, wat hierdie gebied aanbetref, slegs aangewese op gespesialiseerde handboeke. Die gevolg hiervan is dat hierdie gebied vir menige student 'n ongekende en ontoeganklike gebied bly.

Uit die oogpunt van die regspraktisyn is daar weinig wat in hierdie werk gekritiseer kan word, mits in gedagte gehou word dat dit nie primêr vir die behoeftes van die praktisyn bedoel is nie. Baie nuttig is die aanhalings uit gewysdes tesame met 'n kort uiteensetting van die feite daarin, kruisverwysings na ander handboeke, verwysings na Anglo-Amerikaanse gesag en verwysings na ongepubliseerde proefskrifte, regstydskrifte en dies meer.

Die nut van die uitgawe lê egter hoofsaaklik in die behandeling in hoofstuk 9 van die maatskappyereg na aanleiding van die Maatskappyewet 61 van 1973. Die bespreking is indringend, ter sake en nogtans nie oorweldigend nie. Dit verskaf 'n baie nuttige aanknopingspunt omdat dit die reg voor inwerkingtreding van gemelde wet bespreek, die verslag waarop die wet gebaseer is asook die wet self.

L T C HARMS
Lid van die Pretoriase Balie

Regsdwaling

Paul van Warmelo

Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

In the case of *Heynecke v Abercrombie* 1974 3 SA 338 (T) the passage in *Tighy v Putter* 1949 1 SA 1087 (T) was mentioned: "The fact is that there is not and never has been a presumption that everyone knows the law." An attempt is made to examine the point more closely and to come to a more defined solution. Taking as starting point the principle *error iuris non excusatur*, it is found that there are many exceptions and they may be summarized as follows. Firstly, the particular act (delictual or criminal) or act in law which has to be considered may be defined in such a way that error as to law is not to be taken into consideration. Furthermore, there were (and possibly are) persons who may be excused from not knowing the law on a particular point. Such, for instance, may be the minor. Finally, an error as regards the effect of an act in law is frequently excused, although there are some acts again in which such error cannot be pleaded. It would seem, however, that in most cases no difference is made between the consequences of an *error facti* and those of an *error iuris*.

In die saak van *Heynecke v Abercrombie* 1974 3 SA 338 (T) word die vraag betreffende die gevolge van 'n regsdwaling aangeroer. Die feite was kortliks dat A 'n stuk grond van B gekoop het onderworpe aan 'n afspraak dat hy daarop geregtig sou wees dat die gebied onder 'n besproeiingsraad se kanaal ingelyf sou word. Op eksepsie word beweer dat die grond nie so ingelyf kon word nie en verder dat dit absoluut onmoontlik is dat die grond, kragtens art 63(8)(d) gelees met art 88(8) van die Waterwet 54 van 1956 so ingelyf kan word. Die bevinding van die hof (r Eloff) is dat 'n stuk grond wat nie as sodanig as 'n entiteit in iemand se naam geregistreer is nie, nie ingevolge die Waterwet op inlywing deur 'n besproeiingsraad geregtig is nie. In hierdie verband word dan die volgende gestel: "Dit volg ook nie dat my uitleg van die Waterwet noodwendig meebring dat die kontrak so uitgelê moet word soos die verweerder beweer nie. (D w s dat kennis van die regsposisie aan die partye toegedig moet word en dat, aangesien die wet dit nie moontlik maak dat eiendom soos dié wat die eiser gekoop het onder 'n besproeiingsraad se kanaal ingelyf kan word nie, die kontrak noodwendig moet beteken dat die verpligting van die verkoper eers met transportgewing ontstaan). Daar is geen algemene vermoede dat almal vertroud is met die landsreg nie, dit is soos die passasie lui wat met goedkeuring aangehaal is in *Tighy v Putter* 1949 1 SA 1087 (T) te bladsy 1108: 'The fact is that there is not and never has been a presumption that everyone knows the law'." Kortom, die feit dat die partye (in besonder die koper) gedwaal het t o v die regsposisie is nie 'n afdoende beswaar nie.

Soos die reël gestel is (en ook in die *Tighy*-saak) gaan die draagwydte daarvan baie ver en dui dit geen grense aan nie. Die vraag is dus of die

reël t o v regsdwaling skerper gestel kan word in die lig van die Romeins-Hollandse reg en die moderne Suid-Afrikaanse reg soos dit daaruit ontwikkel het. Vir hierdie doel moet die beginsel as uitgangspunt gestel word dat regsdwaling nie as 'n verweer aangevoer kan word nie. Dit is seker in alle regstelsels so dat daar 'n onweerlegbare vermoede is dat 'n persoon die reg ken en dit is vanuit die Romeinse reg in die Romeins-Hollandse reg oorgeneem,[1] maar gelyktydig is dit eweneens bekend dat daar baie uitsonderings op die reël is. Die vraag is of daar enige riglyne bepaal kan word wat hierdie uitsonderings betref.

Wat die Romeins-Hollandse reg betref, is dit die eenvoudigste om Voet[2] as uitgangspunt te neem. Hy bespreek die vraag natuurlik aan die hand van die Romeinse reg. Sy uiteensetting is in baie opsigte 'n samevatting van die beskouinge van sy tyd en is gebaseer op beskouinge oor die Romeinse reg wat tot in die Middeleeue en by die Glossatore teruggaan.

Wat die Romeinse reg self betref,[3] is daar enkele faktore wat in ag geneem moet word en wat ook in die Romeins-Hollandse reg ingewerk het. Dit is duidelik dat die beginpunt van die onweerlegbare vermoede by die natuurreg gesoek word: daardie regstelsel is immers sodanig dat 'n mens jou nie kan voorstel dat 'n volwaardige persoon dit nie ken nie; dit sou 'n onverskoonbare nalatigheid wees as hy dit nie ken nie. Voet[4] sien dit ook so: daar is geen sprake daarvan nie dat 'n persoon onbekend kan wees met òf die Goddelike reg, òf die natuurreg, òf die *ius gentium*. Maar as 'n mens by die landsreg uitkom, is die saak 'n bietjie moeiliker. Voet[5] sê dat 'n mens 'n onderskeid moet maak tussen algemene reëls en reëls wat statutêr tot stand kom en vir 'n bepaalde streek geld. Dan stel hy dit so dat die inwoner van sodanige streek moeilik onkunde van die reg as 'n verskoning kan aanvoer. Kennelik is sy gedagtegang dat dit baie nalatig van hom sou wees om nie daardie reg te ken nie. Hy voeg dan ook by dat 'n mens darem die vreemdeling makliker sal vrywaar waar hy in sulke omstandighede onkundig met die reg is. Dit spreek vanself dat hierdie uitlatinge van Voet nie as bepalende stellings beskou kan word nie. Dit is 'n poging (en dit gaan terug op die Romeinse reg) om die *ratio* te bepaal vir die basiese reël dat onkundigheid nie as 'n verskoning dien nie; sy moeilikheid begin omdat hy ook deeglik daarvan bewus is dat daar belangrike uitsonderings op die algemene onweerlegbare vermoede is.

Vervolgens noem Voet[6] diegene wat egter bevoorreg is en, ten spyte van die algemene onweerlegbare vermoede, op hulle regsonkunde 'n be-

---

[1] *D* 22 6 9 *pr*: *Regula est, iuris quidem ignorantiam cuique nocere . . .*

[2] Daar sal verwys word na sy *Commentarius ad Pandectas*. Ander kan ook geraadpleeg word. In hooftrekke is die storie altyd dieselfde. Vgl Huber *Praelectiones Juris Romani ad D* 22 6 § 2–4; Hein eccius *Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum ad D* 22 6 § cxxxxvi–cxxxxvii; Wesenbecius *in Pandectas iuris civilis et Codicis Iustinianei libros Commentarii ad D* 22 6 § 4.

[3] Vgl Van Warmelo "Ignorantia Iuris" 22 (1954) *TR* 1 sqq.

[4] Voet *op cit* 22 6 1.

[5] Voet *op cit* 22 6 2.

[6] Voet *op cit* 22 6 3. Vgl ook o a Van der Keessel *Praelectiones Iuris Hodierni ad Gr Inleidinge* 1 2 9; *ad Gr Inleidinge* 17 11 *met afstand* (*mulier excusatur ob ignorantiam iuris*); *ad Gr Inleidinge* 1 9 10 *ofte van Renten* (*ne autem pupilli ignorantia iuris fallantur*); *ad Gr*

roep kan maak. Hierdie bevoorregtes word almal in die Romeinse reg aangetref. Somtyds is hulle op so 'n beroep in die algemeen geregtig; somtyds slegs in spesifieke gevalle. Die vraag in watter mate hulle vandag in die moderne reg die voorreg sal geniet, hoef gelukkig nie beantwoord te word nie. Onder hulle is daar die *minor* (die persoon onder vyf-en-twintig jaar); daar is die *filius familias* (nie noodwendig 'n *minor* nie) wat soldaat is en onkundig is aangaande 'n erfregreël; daar is verder die vrou wat in sekere spesifieke gevalle *propter sexus infirmitatem* die voorreg het; ten slotte nog die man van die platteland vanweë sy *simplicitas atque rusticitas.*

Voet dink (soos dit vervolgens blyk[7]) hoofsaaklik aan reëls van die strafreg en daarom sê hy ook dat die persoon wat onkundig is wat die reg betref wel vry is van *dolus* en hy word dus vrygestel van die strawwe wat op die *dolus* gestel word; hy word egter tog gestraf maar as iemand wat nalatig optree.

Maar nou weet hy ook verder dat daar 'n groot aantal gevalle in die Romeinse regsbronne genoem word waar 'n persoon wat nie onder die bevoorregtes gereken word nie regsdwaling aanvoer en dat dié dwaling as 'n geldige verskoning aanvaar word. Bowendien is dit gevalle wat nie noodwendig tot die strafreg beperk word nie. Aan die ander kant is daar eweneens gevalle bekend waar die regsdwaling nie as 'n verskoning aangebied kan word nie. Bowendien is daar 'n mate van teenstrydigheid merkbaar. Hy probeer egter om die gevalle te ontleed en dan tot sekere algemene reëls te kom. Die hele proses gaan terug op die Romeinse reg en Voet se hele sienswyse is gevorm deur die beskouings van regsgeleerdes wat hom vooruit gegaan het (en dit gaan tot die Middeleeue terug) en owerigens weerspieël sy beskouinge in 'n groot mate die opvattinge van sy tyd en die periode daarna.[8]

Om dit kort te stel, Voet[9] beweer ten eerste dat regsonkunde nie die persoon help wat iets wil verkry nie, selfs nie die vrou nie. Dit is 'n gedagte wat na die Glossatore teruggaan en soos Pothier[10] dit stel: *In lucris nocet error juris, non facti.* Die basis vir hierdie formulering is *D* 22 6 7. Die reël sê miskien nie baie nie. Die belangrikste voorbeeld is van die persoon wat sy eiendom deur verjaring verloor: hy kan nie aanvoer dat hy bv gedink het dat die tydperk vir verjaring langer is as wat dit werklik is nie.[11] Hy illustreer sy stelling met voorbeelde uit die Romeinse reg, nl die geval van die persoon wat geld aan iemand leen wat 'n beroep op die *Senatus consultum Macedonianum* kan maak; die geval van die persoon wat as borg nie gebonde is nie, maar tog nog betaal (hy kan nie *ex mandato* teen die hoofskuldenaar optree nie); die geval van die persoon wat legate uitbetaal en nie kan terug-

---

Inleidinge 3 3 29 *na goede onderrigting afstand* etc. (*Alia res est in muliere Senatusconsulto Velleiano renuntiante, in qua cum iuris ignorantia praesumatur, speciali explicatione Senatusconsulti Velleiani opus est . . .*) Die verwysings in noot 2 kan hier ook gebruik word.

[7]Voet *op cit* 22 6 4.

[8]Dieselfde geld vir die ander skrywers in noot 2 aangehaal. Daar is natuurlik baie ander.

[9]Voet *op cit* 22 6 5.

[10]*Pandectae Iustinianeae ad D* 22 6 § 2.

[11]*D* 22 6 4.

vorder wat hy nie verplig was om te betaal nie omdat die *lex Falcidia* 'n grens aan die totaal van die legate stel. 'n Tweede reël wat in hierdie verband deur Voet en ander gestel word en wat ook uit die Romeinse regsbronne geput word, is dat 'n persoon wat 'n saak verloor het of daarvan afstand gedoen het as gevolg van 'n regsdwaling, daardie dwaling nie as 'n verskoning kan aanvoer nie. Daarom, so word dit ook gestel, kan die persoon wat 'n saak verloor of afstaan omdat hy dink dat hy geen reg daarop het nie (dus 'n dwaling tav sy regte in subjektiewe sin, maar gelyktydig ook 'n dwaling tav die reg in objektiewe sin) nie 'n beroep op die *error iuris* maak nie. Dus as iemand iets verloor wat aan hom toekom, kan hy dit terugvorder, ook al het hy eers gemeen, vanweë 'n *error iuris*, dat hy dit nie kan doen nie. Dus kan 'n *rei vindicatio* ingestel word al het die eienaar eers gedink dat die saak nie syne is nie. Verder, die persoon wat dink dat hy eienaar van 'n saak is en die saak besit (hy is dus *bona fide possessor*) dwaal ten aansien van die reg; as hy die saak gebruik en vrugte daarvan trek, hoef hy nie die vrugte af te staan nie en die regsdwaling word in hierdie geval verskoon. Daar word somtyds onderskei tussen die persoon wat dwaal tav die reg in objektiewe sin en sy reg in subjektiewe sin: die persoon wat dwaal tav sy regte in subjektiewe sin word nie daardeur benadeel nie.

Hierdie gedagte word geformuleer (weer soos Pothier[12] dit stel en sy formulering gaan ook weer na vorige juriste terug en is in navolging van die Romeinse reg[13]): *Error quilibet non nocet in damnis.* Voet[14] wys daarop dat die twee reëls feitlik op dieselfde neerkom.

As die saak nader beskou word, sal dit blyk dat hierdie twee reëls eintlik nie reëls is nie. Hulle is twee konklusies waartoe 'n mens kan kom by die beskouing van 'n reeks bepaalde gevalle, maar hierdie is nie twee algemene reëls wat algemeen toepassing vind en wat op alle gevalle toepassing het nie. Daar mag bygevoeg word dat dit, onder andere, twyfelagtig is of dit altyd waar is dat 'n persoon wat afstand van iets doen as gevolg van regsonkunde hierdie onkunde kan aanvoer om sy belange te beskerm. Die voorbeeld van onverskuldigde betaling as gevolg van 'n regsdwaling is voldoende om aan te voer. Dit is nie nodig om hier op die verskeie oplossings vir hierdie vraag nader in te gaan nie.[15]

Voorlopig kan die aangeleentheid, in ooreenstemming met die Romeinse en Romeins-Hollandse reg, as volg opgesom word: Die basiese reël is dat regsonkunde nie 'n verskoning bied nie. Dit is 'n onweerlegbare vermoede dat iedereen die reg ken. Sommige persone is egter geheel of gedeeltelik bevoorreg, en kan hulle regsonkunde aanvoer. In so 'n geval word hulle nie op dieselfde manier getref as ander nie. Wat nie-bevoorregtes betref, is regsonkunde in sommige spesifieke gevalle nie ter sprake nie en, vernaamlik wat regte in subjektiewe sin betref, volg daar geen nadeel vir die

---

[12]Pothier *loc cit.*

[13]*D* 22 6 7, 8.

[14]Voet *op cit* 22 6 5: *juris ignorantiam suum petentibus haud nocere, seu, quod eodem redit, juris errorem in damnis amittendae rei suae non nocere.*

[15]Vgl Van der Keessel *op cit ad Gr Inleidinge* 3 30 6 *dwaalde of twyfelde aan't recht.* Kyk ook De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* 2e uitg. (1971) bl 24 25 66 165 166.

betrokke persoon wat afstand doen van sy reg as gevolg van regsdwaling nie. Somtyds wil dit voorkom of in sulke gevalle op sorgsaamheid en goeie trou aan die kant van die betrokke persoon gelet word. Laastens, in sommige soortgelyke gevalle geld die basiese reël en is die onkunde van die betrokke persoon geen verskoning nie en kan hy nie 'n beroep op regsdwaling maak nie.

Om egter weer aan te sluit by die *Heynecke*-saak is dit interessant om op te merk dat Domat[16] die geval van 'n regsdwaling by die aangaan van 'n ooreenkoms behandel. Sy uitgangspunt bly dat 'n regsdwaling nie as 'n verskoning aangebied kan word nie; as die dwaling sodanig is dat dit die enigste oorsaak van die kontrak is, is die kontrak nietig. (Sy motivering put hy uit die Romeinse regsbronne, nl *D* 22 6 2 7, 8; *D* 10 2 36; *D* 14 6 3). Hy illustreer die stelling met die geval van die persoon wat 'n leenregtelike reg koop. Geen hereregte is vir so 'n handeling verskuldig nie maar die koper en verkoper kom ooreen oor die betaling van sulke regte. Omdat die hele ooreenkoms slegs op 'n regsdwaling berus, is daar geen verbintenis wat daaruit voortvloei nie. As die regsdwaling aan die ander kant nie die enigste grond vir die ooreenkoms is nie, en die een party daardeur nadeel vir homself veroorsaak, kan hy nie op hierdie dwaling 'n beroep doen nie. So, volgens sy voorbeeld, is die geval van die erfgenaam wat aan 'n legataris alles uitbetaal en nie dit wat aan homself toekom aftrek nie en hy dit doen omdat hy nie daarvan bewus is dat die reg hom toelaat om sodanige aftrekkinge te maak nie.[17] Dit mag bygevoeg word dat Pothier[18] die saak eenvoudig so stel dat in geval van 'n kontrak geen beroep op 'n regsdwaling gemaak kan word nie. Hy verwys na 'n konkrete geval wat voorgekom het ivm persone geregtig op 'n leen wat ooreengekom het om tot 'n verdeling oor te gaan. Een van die partye het hom vergis wat sy regte betref (hy het nie geweet wat die reg bepaal nie) en het by die verdeling nie daarmee rekening gehou nie. Daar is geen moontlikheid van herstel nie. Dit is dus weer die ou vraag na die werking van die dwaling by een van die kontrakterende partye: daar is 'n wilsgebrek by die ooreenkoms teenwoordig en nou is die vraag of dit enige effek het; meer in besonder kan dit gestel word of 'n *error iuris* 'n ander effek het as 'n *error facti*.

Die vraag van *error iuris* is al verskeie kere en onder verskillende omstandighede in die Suid-Afrikaanse hofbeslissings behandel. Aangesien die *Heynecke*-saak as uitgangspunt geneem is, kan dit eerste genoem word. Hier is die *error iuris* by 'n kontrak ter sprake. Die kontrak was 'n koopkontrak en een van die bepalings (dit word 'n waarborg genoem) was naamlik dat die grond onder 'n besproeiingsraad se kanaal ingelyf kon word. Die koper voer aan dat sodanige inlywing onmoontlik is vanweë 'n bepaling in die wet waarmee hy natuurlik nie op hoogte was nie. Vir die doeleindes van die saak was dit nie nodig om dié vraag te beslis nie, maar as dit korrek is, kom die vraag na vore of die dwaling vir die persoon wat dwaal 'n moontlikheid skep om hom daarop te beroep of nie. 'n Mens sou verder dan kan vra of Domat se onderskeid, soos voorheen gestel, hier

---

[16] *Lex loix civiles dans leur ordre naturel* I XVII XIII sqq.
[17] Hy verwys na *D* 22 6 9 5; *C* 6 50 9.
[18] *Traité de la procédure civile* V IV § 738.

toepassing moet vind of nie: om dit enigsins anders te stel, die vraag is of die dwaling wesentlik is of nie.

Drie jaar vroeër het die punt ter sprake gekom in die saak van *Miller v Bellville Municipality* 1971 4 SA 544 (K). Daar is in hierdie geval ook 'n kontrak aangegaan waarkragtens M onderneem het om grond oor te dra. B het op sy beurt onderneem om sekere bouplanne van M goed te keur op voorwaarde dat die grond oorgedra word. M dra die grond oor omdat hy glo dat die voorwaarde bindend is. Die voorwaarde was egter nie bindend nie, want B het nie, volgens wet, die mag gehad om so 'n voorwaarde te stel nie. In hierdie geval is die *error iuris* sodanig geag dat M hom daarop kon beroep. Dit is van belang om op die volgende woorde van r Van Winsen te let: "No good purpose is to be served, in my view, by attempting comprehensive definitions of errors of law as opposed to errors of fact" (bl 547H). ". . . [A]n error as to one's private rights is not to be regarded as an error of law . . ." (bl 547D). Op die vraag of 'n "condiction" moontlik is in geval van regsdwaling word ook ingegaan; die vraag naamlik of die *condictio* as 'n eis op grond van verryking in die algemeen of in spesifieke gevalle toelaatbaar is wanneer die eiser gehandel het as gevolg van 'n regsdwaling aan sy kant.

Interessant is die Rhodesiese saak van *Reynolds v Kinsey* 1959 4 SA 50 (FSC) omdat hierin 'n minderheidsuitspraak voorkom. Daar word grond gekoop met die doel (waarvan koper en verkoper bewus was) om arbeiders daarop te huisves. 'n Wetsbepaling het sodanige vestiging egter verbied, maar daarvan was die partye onbewus. Die hof (hr Tredgold en r Briggs) beslis dat die kontrak onafdwingbaar is aangesien die kontrak "for an illegal purpose" gesluit is. (In die kopstuk van die saak word gesê dat "the contract is unenforceable under the maxim *ex turpi causa non oritur actio*". Verder, "the parties' ignorance of the law did not save them from the application of the rule that the Court would not enforce a contract made with the intention that one party should do in consequence of the contract an act forbidden by law". Daar kan aanvaar word dat Domat anders sou beslis het. Die uitspraak van die hof (soos gelewer deur r Briggs), asook die afwykende uitspraak (van r Clayden) is altwee, met alle eerbied gesê, gegrond op baie deeglike ondersoeke van die Romeins-Hollandse reg en die Engelse reg en is waardevolle bydraes tot die kennis van hierdie regspunt.

Om dit kort te stel, die hof se beslissing maak geen onderskeid tussen die strafreg en ander reg nie. Verder: "Our law and English law alike ordinarily decline to intervene where a party is induced to contract through error of law, and the rule comes straight from Roman law. *Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. D* 22 6 9." (Bl 65F). Ook "It seems to follow from the reasoning that, if the parties' ignorance of the law had sufficed to render the whole transaction innocent, there would have been an express finding of such ignorance, and it would not have been necessary to enquire whether the plaintiff was or was not aware of the defendant's intention . . ."

In die minderheidsuitspraak word daarop gewys dat die basiese reël nie ten volle aanvaar word nie. 'n Kontrak met 'n verbode doel is wel nietig.

In die betrokke geval: "This is a case I consider where illegality must be stopped by the use of the criminal law, and not by the denial of contractual rights to a litigant, who is not shown at any stage to have had an actual intention to facilitate or encourage illegality". (Bl 64A).

Die saak van *Tighy v Putter* 1949 1 SA 1087 (T) (waarop in die *Heyneckesaak* 'n beroep gemaak is) het gehandel oor 'n petisie insake 'n verkiesing. Die petisie is deur middel van 'n prokureur, maar nie op die manier wat 'n bepaalde wetsartikel voorgeskryf het nie, op die een party bedien. Die omstandighede was sodanig dat bevind word dat die party op wie die petisie gedien is afstand van sy reg gedoen het, naamlik die reg om te eis dat die petisie op die voorgeskrewe manier bedien moet word. Die betrokke party was skynbaar oorspronklik onbekend met hierdie reg wat aan hom toekom. Die hof bevind ten eerste dat hy so afstand van sy reg kon doen, ook al is die wetsvoorskrif gebiedend. Daar word gesê (r Roper) ". . . a party cannot be held to waive rights of which he is ignorant, even though such ignorance flows from ignorance of law . . . The maxim *ignorantia juris haud excusat* and *juris errorem cuique nocere* form part of our law, and though the rule which I have referred to is usually based upon a theory of contract, I am inclined to think that in cases where the ignorance alleged is based upon a mistake of law a more logical basis would be the equitable jurisdiction to grant relief by way of *restitutio in integrum*. However that may be, it seems to me that whichever is the correct basis, the ignorance must be justifiable or excusable." (Bl 1101). Dit is van belang dat in hierdie saak die basiese reël gestel word (*iuris ignorantiam cuique nocere*); dat daarop gewys word dat dit nie altyd geld nie; dat spesifiek na kontrakte verwys word; dat ten slotte gestel word dat die onkunde "justifiable or excusable" moet wees. Hierdie laaste element word verder op bl 1102 toegelig. "In either event his ignorance of the provision was due to his own negligent omission, and, therefore, in my view, affords no ground upon which the waiver can be held not to be binding upon the respondent."

Daar is verskeie sake beslis waar die dwaling daarin bestaan het dat die betrokke persoon nie van sy eie regte bewus was nie. Deur sy dwaling tav die reg maak hy 'n fout wat betref sy regte in subjektiewe sin. In die saak van *Ex parte Joannou et Uxor* 1942 TPD 193 het 'n man en 'n vrou 'n huweliksvoorwaardekontrak gesluit waarin 'n *pactum successorium* voorgekom het. Hulle was onder die indruk dat so 'n beding later, as hulle dit sou wil, deur hulle ongedaan gemaak sou kon word. (Die uitspraak volg, tot op 'n sekere hoogte, die saak van *Ex parte Mouton et Uxor* 1929 TPD 406 waar 'n soortgelyke dwaling behandel word.) Die volgende word gestel: "The Court, however, in spite of their ignorance of the law was prepared to assist them . . ." (bl 195). Ook op bl 196 word met verwysing na *Umhlebi v Estate Umhlebi* 19 EDC 237 gesê: "Ignorance of one's right, if it be a just and probable ignorance, is good ground for the relief according to our law".

Van dieselfde geaardheid is die saak van *Gunn v Gunn* 1911 WLD 43 waar 'n verklaring van regte aangevra is. Hier het een party gehandel terwyl hy onbekend met die regsposisie was. Hy was onder die indruk dat hy sekere beskikkingsregte oor 'n deel van 'n boedel gehad het en gaan vervolgens

'n kontrak in dié verband aan. Sy onkunde aangaande die regsposisie affekteer nie die kontrak nie.

Dan is daar die saak van *Botha v Van der Vyver* 25 (1908) SC 760. Hier was dit die geval van 'n erfgenaam wat 'n erfenis ingevolge 'n testament aanvaar het terwyl hy hom vergis het mbt sy regte. "It is submitted that he has acted in ignorance of the legal effect of the will, and that where it is a question not of any general rule of law, or of the construction of a statute, but of the legal effect of a particular instrument, the principle *ignorantia iuris neminem excusat* does not apply." Daar word egter gestel: "when the word *ius* is used in the sense of denoting a private right, that maxim has no application . . ." (bl 767). Die opmerking mag gemaak word dat enige dwaling tav 'n reg in subjektiewe sin 'n dwaling tav die reg in objektiewe sin impliseer.

Die *locus classicus* ivm regsdwaling by die verrigting van een of ander regshandeling is seker die saak waarna reeds verwys is, naamlik *Umhlebi v Estate Umhlebi and Fina Umhlebi* 19 (1905) EDC 237 waarin die uitspraak afkomstig is van rp Kotzé. Dit is, met alle eerbied gesê, 'n voortreflike uitspraak waarin die regterpresident sy kennis en beheer van die Romeins-Hollandse reg ten volle laat blyk soos ook gewoonlik die geval is wanneer 'n mens 'n uitspraak van hom lees. Die geval was eenvoudig dat 'n Bantoevrou afstand van sekere van haar regte gedoen het omdat sy foutief van mening was dat die omstandighede deur Bantoereg gereël was. Sy vra *restitutio in integrum* en slaag in die aansoek. Op bl 249 word die saak kort saamgevat: "Hence ignorance of one's right, if it be a just and probable ignorance, is a good ground for restitution or relief . . ." Hier ook weer die opmerking dat daar by die verrigting van 'n regshandeling gedwaal is tav regte in subjektiewe sin. So 'n dwaling impliseer egter 'n dwaling tav die reg in objektiewe sin.[19]

Ten slotte mag daarop gewys word dat daar 'n reeks sake is waarin die vraag na vore kom of die *condictio indebiti* ingestel kan word wanneer die onverskuldigde betaling gevolg het op 'n regsdwaling van die persoon wat betaal. Die reeks vonnisse gaan blykbaar terug tot by *Kimberley Share Exchange Company v Hampson* 1 (1883) HCG 340 en betreklik onlangs was daar die beslissing van *Cranborne Road Council v Derbyshire Estates Ltd* 1967 1 SA 8 (R). In die laaste saak word gesê: "Despite criticisms there have been of this proposition (nl dat *error iuris* die *condictio indebiti* uitskakel) I think that, for the purpose of this case, I must accept it as stating the law" (bl 9–10). Hierdie standpunt is ook gehuldig in *Heydenryck v The Standard Bank of SA Ltd* 1924 CPD 335 en ook in *Benning v Union Government* (*Minister of Finance*) 1914 AD 420. In hierdie saak stel Lord De Villiers dit duidelik: "If the action is regarded as a *condictio indebiti* to recover money paid in ignorance of law, there is ample authority for holding that such ignorance by itself affords no sufficient ground for the claim." Die *locus classicus* waar

---

[19]Daar is ander sake wat geraadpleeg kan word bv *White Bros v Treasurer-General* 2 SC 322; *Watson v Burchell* 9 SC 2; *Harvey v Harvey's Estate* 1914 CPD 892; *Sampson v Union and Rhodesia Wholesale* 1929 AD 48; *Schwarzer v John Roderick's Motors* (*Pty*) *Ltd* 1940 TPD 170.

dié reël in verband met die *condictio indebiti* inslag in die beslissings gevind het, is weer 'n saak wat deur hoofregter (soos hy destyds was) Kotzé beslis is, nl *Rooth v The State* 2 (1888) SAR 259. Weer, met alle eerbied gesê, 'n meesterlike uitspraak wat 'n geweldige beheer van die regsbronne toon. Dit is egter nie nodig om op die vraag in te gaan of hierdie reeks beslissings korrek is nie. Eerder[20] is die mening uitgespreek dat dit wil voorkom asof dit nie met die betere standpunt van die Romeins-Hollandsregtelike skrywers ooreenstem nie.

Die vraag is ten slotte: kan ons uit die voorgaande tot wesentlike konklusies kom? Ongetwyfeld lyk die hele reëling nogal deurmekaar. Die uitgangspunt bly egter dat daar 'n onweerlegbare vermoede is dat iedereen die reg ken en dus verskaf regsdwaling nie 'n verskoning vir 'n persoon wanneer sy optrede in stryd met die reg is nie. Die reël moet egter gekwalifiseer word.

1) Dit is moontlik dat regsdwaling wel as 'n verskoning kan dien wanneer die geaardheid van die regsreël dit self bepaal (uitdruklik of stilswyend). Dit is bekend dat Voet, in navolging van die Romeinse reg, geen dwaling tav *ius divinum, ius naturale* of *ius gentium* aanvaar nie, maar huiwerig is om sy stelling altyd tav die *ius civile* te handhaaf. (Dit is interessant dat De Groot in sy *De iure belli ac pacis*[21] baie verder gaan. Hy praat oor die strafreg (*De poenis*) en stel dat regsonkunde altyd 'n verskoningsgrond is. Hy praat natuurlik nie positiewe reg nie, maar suiwer natuurreg, maar dit is interessant dat hy feitlik altyd *mens rea* vereis. Dit wil voorkom asof die neiging in die moderne tyd is om steeds meer plek vir daardie *mens rea* in te ruim.) Tov meer moderne begrippe kan die vraag gestel word of die regsreël gebiedend is of nie, in dié sin dat die reël sodanig is dat dit geen saak maak of die betrokke persoon daarvan bewus is of nie. As 'n persoon vandag nie sy opgawe van inkomste aan die ontvanger van inkomste lewer nie word nie gevra of hy wis dat hy dit moes doen nie; hy oortree in elk geval. Daar is baie strafregreëls wat in hierdie sin gebiedend is en die *mens rea* is nie van belang nie, behalwe miskien as 'n strafversagtingsgrond.[22] Dit is nie nodig om op hierdie vraag in te gaan nie.

Dieselfde toestand kan in die privaatreg voorkom. As voorbeeld kan die reëling van die Romeinse reg geneem word waarna hierbo verwys is: Waar die erfgenaam meer legate uitbetaal het as waartoe hy verplig was, kon hy hom nie op sy regsdwaling beroep nie. So ook die reëling (volgens die een mening) ivm onverskuldige betaling waarna ook reeds verwys is.

2) Regsdwaling kan as 'n verskoning aangevoer word deur sekere bevoorregte persone. Of in die moderne reg baie verder as die *minor* gekom sal word, is 'n vraag. Die *Umhlebi*-saak kan miskien as 'n voorbeeld beskou word waar 'n persoon as bevoorreg geag is omdat die persoon 'n vrou was of 'n minder bevoorregte lid van die maatskappy ('n *rustica*?). Die regs-

---

[20]Kyk noot 15.
[21]II XX XLII § 2.
[22]Gardiner and Lansdown (ed Burchell en Hunt) *South African Criminal Law and Procedure* vol 1 (1970) bl 65 132 sqq 260 sqq. Kyk ook in hierdie verband JCW van Rooyen "Regsdwaling en Dolus in die Strafreg 1974 *THRHR* bl 18 sqq.

dwaling word egter veronderstel om te wyte te wees aan *bona fide*-onkunde. Vir alle praktiese doeleindes kan hierdie bevoorregtes net so goed onder hoof (4) hieronder tuisgebring word.

3) Die slagspreuke van die vroeëre skrywers en wat uit die Romeinse reg afkomstig is, nl *error quilibet non nocet in damnis* en *in lucris nocet error iuris, non facti* sê weinig. Die elemente in (1) en (2) hierbo genoem, maak dit genoegsaam duidelik. Aan die een kant is dit moontlik dat iemand tog as gevolg van sy regsdwaling skade ly. Daar kan weer verwys word na die geval van die uitbetaling van legate in (1) genoem. Dit is ook so in die geval van die persoon wat sy eiendomsreg verloor deur verjaring omdat hy nie moeite gedoen het om sy reg te beskerm nie; hy het gedink daar is nog baie tyd terwyl die reg in werklikheid 'n kort verjaringstermyn voorskryf. Aan die ander kant kan dit ook gebeur dat iemand iets verkry ook al dwaal hy tav die reg: hy mag dink dat hy nie geregtig is om te erf nie terwyl die reg bepaal dat hy wel kan erf. Daar is reeds beklemtoon dat die twee reëls mekaar in 'n groot mate dek.

4) Meer spesifiek moet gekyk word na die geval waar een of meer persone 'n regshandeling aangaan en dwaal tav die reg. Dwaal hulle wat dié reëls betref wat die regshandeling self beheer, kan dit gebeur dat die reëls gebiedend is en dan is die dwaling irrelevant. Dus as partye 'n huurkoopkontrak aangaan en dit nie op skrif gestel het nie omdat hulle nie bewus is van die bepaling wat skrif voorskryf nie, is die handeling regtens sonder gevolg. Ook as A aan B grond verkoop en die eiendomsreg nie transporteer nie maar die grond slegs lewer, sal eiendomsreg nie oorgaan nie, ook al het die partye betreffende die reg in hierdie verband gedwaal en gemeen dat lewering genoegsaam is.

Meer in besonder kan die vraag gestel word wat die posisie is ten aansien van die regsgevolge wanneer die partye 'n volkome regsgeldige regshandeling aangaan, maar die een of meer van hulle dwaal met betrekking tot die verwesentliking van die gevolge van die regshandeling en dit gebeur omdat hulle nie op hoogte met die regsposisie is nie. Dit is die soort van geval wat in *Ex parte Joannou et Uxor* voorgekom het (dwaling mbt die regsgevolge van 'n huweliksvoorwaardekontrak); in die *Botha*-saak (dwaling mbt die gevolge van die aanvaarding van 'n erfenis); die *Gunn*-saak (dwaling mbt die gevolge van 'n kontrak waar verkeerdelik gemeen is dat die regsposisie anders is as wat dit in die werklikheid was); die *Umhlebi*-saak; die *Miller*-saak, (dwaling mbt die gevolge van afstanddoening van regte) en die *Heynecke*-saak (regsdwaling by die aangaan van 'n kontrak mbt die regsgevolge wat aanleiding gee tot kontraksluiting). In sulke gevalle wil dit voorkom of geen onderskeid gemaak moet word tussen die gevolge van *error facti* en die gevolge van *error iuris* nie.

In al hierdie gevalle wil dit voorkom asof die reëls aangaande dwaling in die algemeen gevolg moet word. Daar moet miskien 'n uitsondering gemaak word tav onverskuldigde betaling. Daar is miskien ook ander regshandelinge wat, net soos in die geval van onverskuldigde betaling, 'n duidelike voorskrif bevat wat bepaal dat in geval van regsdwaling nie 'n beroep daarop gemaak kan word nie. Die reëling in verband met onverskuldigde betaling kan seker beskou word as die gevolg van die verloop

van die geskiedenis. So is daar miskien ook nog ander soortgelyke regshandelinge.

Owerigens wil dit dan voorkom of die reg tav dwaling ook by regsdwaling toegepas word. Wanneer daar 'n regshandeling aangegaan word en daar het regsdwaling voorgekom, kan *restitutio in integrum* dus aangevra word of daar kan selfs aanspraak op 'n ander vorm van tegemoetkoming gemaak word. Natuurlik moet die juiste omstandighede wat die reg aangaande dwaling beheer teenwoordig wees. Gelukkig is dit nie nodig om hier op daardie netelige gebied van die reg, nl die gevolge van dwaling (en trouens ook die vraag: wat is die omstandighede wat as dwaling omskryf word?) in te gaan nie. □

In the liberal era of the early 19th century exculpatory clauses enjoyed the protective umbrella of freedom of contract. Rapid industrialization from the last decades of the 19th century onward created mass production which was not possible without standardization of technology, standardization of technology required standardization of mass contracts and this resulted in a mass production of exculpatory clauses. One might have thought that this would lead to the heyday of volenti non fit iniuria, *but that proved true only in part.*

Capitalism arrived at a stage where the illusion of free contracts automatically ensuring fair balance on the market had gone. Liberté *had devoured* égalité, *and* fraternité *was succeeded by the fierce competition of industrial giants. In the field now under discussion, the exculpatory clause was being increasingly used not only for standardization of contract terms but also for exploitation of economic power.*

Gyula Eörsi "The Validity of Clauses Excluding or Limiting Liability" 1975 *American Journal of Comparative Law* 215.

Estoppel en die Rei Vindicatio*

JW Louw

Prokureur, Roodepoort

SUMMARY

The action with which an owner claims his movable property from others in South African law, is the *rei vindicatio*. If the owner, however, represents that another person is the owner of his property, or that he has the authority to deal with it, the person who has acted on the faith of the representation can raise estoppel as a defence against the owner's claim. The result thereof is that the owner's claim is averted. It is not clear, however, whether the owner retains his ownership of the property, or whether the estoppel-asserter acquires ownership as a result of the successful application of estoppel.

It appears from a comparative study of European systems that the various codes protect the *bona fide* acquirer of movable property by vesting him with the ownership thereof, providing the prescribed requirements are complied with. The original owner therefore loses his ownership of the property. These provisions originated in the Germanic rule *mobilia non habent sequelam* and are justified by the requirements of commerce.

There are no similar provisions in South African law, and the *mobilia* rule does not, with one exception, apply. There is, however, some authority in our law, as well as in English and American law, for the view that ownership is acquired through estoppel. Estoppel, which originated in the English law of equity, is a doctrine of substantive law, and the development of our law along the lines of estoppel to the point where *bona fide* acquisition of movable property is acknowledged, is not excluded. The development of the law is one of the most important functions of estoppel.

If it is admitted that ownership is acquired through estoppel, then the continuous application of estoppel as a defence against the *rei vindicatio* has led to a new way of acquiring ownership of property in our law, namely *bona fide* acquisition of ownership. Estoppel is but the instrument through which the development has taken place.

In determining the requirements which must apply in the case of *bona fide* acquisition of ownership, it is suggested that the general requirements for estoppel must basically apply, supplemented by the demands of commerce as expressed in the requirements set by the European codes for *bona fide* acquisition of ownership. The requirements suggested for our law are the following:

(i) A misrepresentation by the owner.

(ii) Fault on the part of the owner.

(iii) The third party must have acted in good faith with the intention of acquiring ownership.

(iv) The third party must have given value.

I INLEIDING

Die eienaar van 'n roerende saak verwek die skyn dat 'n ander die eienaar van die saak is of dat hy die bevoegdheid het om die saak te vervreem. 'n Derde, wat te goeie trou op die skyn handel, koop die saak. Wanneer die eienaar die saak met sy eiendomsaksie van die derde opvorder, werp die derde estoppel as 'n verweer teen hom op en slaag.

---

*Referaat gelewer tydens die kongres van die Vereniging van Universiteitsdosente in die Regte, gehou te Durban, Julie 1974.

Die effek van die derde se beroep op estoppel is dat die eienaar se opvorderingseis lamgelê word. Maar wat is die derde se regte ten opsigte van die saak? Gestel hy verkoop die saak aan iemand anders. Kan die oorspronklike eienaar die saak van die koper opeis? Of gestel dat die saak in die besit van die derde deur die nalatige optrede van 'n ander beskadig word. Sou die derde skadevergoeding kan eis? Gestel voorts dat 'n dief die saak van die derde steel. Sal die derde die saak kan opvorder van 'n persoon wat dit te goeie trou van die dief gekoop het?

Die antwoord op al hierdie vrae hang daarvan af of die derde die eienaar van die saak geword het of nie. Indien hy eienaar geword het, sal hy uit hoofde van sy eiendomsreg die saak kan vervreem, 'n eis kan instel teen die saakbeskadiger, of die saak kan opeis van die persoon wat dit te goeie trou van die dief gekoop het. Indien die oorspronklike eienaar sy eiendomsreg behou het, sal die derde geen van hierdie dinge kan doen nie.

Die probleem is in beginsel een van 'n botsing tussen die belang van die eienaar dat sy eiendomsreg beskerm word, en die belang van die derde dat sy *bona fides* beskerm word. Ek sal poog om 'n bevredigende oplossing vir dié belangebotsing aan te dui.

II DIE FUNKSIE EN AARD VAN DIE LEERSTUK VAN ESTOPPEL

Estoppel by representation is vir die eerste keer in 1837 in die saak *Pickard v Sears*[1] erken as 'n afsonderlike klas of verskyningsvorm van estoppel.[2] Die volgende uiteensetting van Lord Denman in dié saak word beskou as die eerste uitdruklike formulering van die beginsels van *estoppel by representation*:[3]

> "Where one by his word or conduct wilfully[4] causes another to believe the existence of a certain state of things, and induces him to act on that belief, so as to alter his own previous position; the former is concluded from averring against the latter a different state of things as existing at the same time."[5]

Omdat die meeste skrywers oor estoppel in die Engelse reg sonder meer aanvaar dat *estoppel by representation* uit *estoppel in pais*[6] ontwikkel het,[7] word

---

[1](1837) A & E 469, aangehaal deur Everest & Strode *The Law of Estoppel* (1884) 289 en ook deur Ewart *An Exposition of the Principles of Estoppel by Misrepresentation* (1900) 8.
[2]Everest & Strode 298.
[3]De Wet "*Estoppel by Representation*" *in die Suid-Afrikaanse Reg* (1939) 1.
[4]In die saak *Freeman v Cooke* 2 Ex 654, aangehaal deur Everest & Strode 300, is gesê: "By the term 'wilfully', . . . we must understand, if not that the party represents that to be true which he knows to be untrue, at least, that he means his representation to be acted upon and that it is acted upon accordingly." Sien ook Everest & Strode 300–302 en De Wet 38 e v oor die betekenisverandering wat die woord *wilfully* ondergaan het.
[5]Soos aangehaal deur Everest & Strode 300–301.
[6]Volgens Coke *On Littleton* 352 a, 352 b, aangehaal deur Everest & Strode 4, is daar drie klasse estoppels, t w "by matter of record, by matter of writing, and by matter in pais." Hierdie indeling word deur die meeste skrywers oor estoppel in die Engelse reg nagevolg. Vgl bv Spencer Bower & Turner *The Law Relating to Estoppel by Representation* (1966) 1–4; Everest & Strode 1–16; *Halsbury's Laws of England* (1966) vol XV par 335 en 422; Ewart 1–2; Cababé *The Principles of Estoppel* (1888) 1–4.
[7]Spencer Bower 4 en 87; Everest & Strode 240 en 303; *Halsbury* XV par 338 en 422; Ewart 2.

daar ongelukkig weinig oor die oorsprong van *estoppel by representation* gesê. De Wet[8] toon egter oortuigend aan dat daar geen historiese verband bestaan tussen *estoppel in pais* en *estoppel by representation* nie, maar dat *estoppel by representation* van *equity* afkomstig is. Everest & Strode meen ook dat "(t)he origin . . . of this branch of estoppel . . . is to be found in equity . . ."[9] Dit is later, veral as gevolg van die ontwikkeling van die handelsverkeer, ook in die *common law* oorgeneem.[10]

Die begrip *equity* het in die Engelse reg 'n tegniese konnotasie verkry.[11] Maine[12] beskryf dit as 'n "body of rules existing by the side of the original civil law, founded on distinct principles and claiming incidentally to supersede the civil law in virtue of a superior sanctity inherent in those principles." *Equity* is dus in die Engelse reg 'n sisteem van regsreëls, gegrond op billikheid, wat naas die reëls van die *common law* bestaan.[13] Die oorsprong daarvan is geleë in die strewe na regverdigheid wat by alle beskaafde regstelsels aangetref word, en die behoefte dat die strengheid van bestaande regsreëls getemper word deur beginsels van billikheid.[14]

Ons sê dan dat *estoppel by representation* van *equity* afkomstig is. Estoppel[15] is eintlik niks anders nie as een van die besondere uitgekristalliseerde reëls van *equity*.[16] Dit is 'n billikheidsreël wat aangewend word om die strengheid van die bestaande reg af te water en om regsontwikkeling te bewerkstellig. In die woorde van Sir Frederick Pollock is dit "a simple and wholly untechnical conception, perhaps the most powerful and flexible instrument to be found in any system of court jurisprudence."[17]

---

[8]1–9.

[9]op bl 298, met 'n beroep op Bigelow *On the Law of Estoppel* (2e uitg) 431. Die skrywers beskou *estoppel by representation* blykbaar nogtans as 'n moderne *estoppel in pais* – vgl bl 240 en 303.

[10]Sien De Wet bl 8 ev en die vonnisse daar aangehaal.

[11]Vir 'n bespreking van die oorsprong en ontwikkeling van *equity* sien Allen *Law in the Making* (1958) 366–408; *Halsbury* XIV par 878–882; Hahlo & Kahn *The South African Legal System and its Background* (1968) 133–138.

[12]*Ancient Law* (1916) 32.

[13]*Equity* is aanvanklik toegepas deur die *King's Court*, later deur die *Chancellor*, en uiteindelik deur die *Court of Chancery*. Oor die presiese rede vir die afskeiding van *equity* van die *common law* bestaan daar nog onduidelikheid – vgl Allen 388. Dit is egter baie interessant dat daar ook in die Romeinse reg so 'n skeiding bestaan het, nl tussen die *ius civile* en die *ius gentium*. Volgens Allen 397 is die skeiding in beide regstelsels aan historiese redes toe te skryf. Die verskillende Engelse howe is deur die *Supreme Court of Judicature Acts* 1873 en 1875 (36 & 37 Vict c 66 en 38 & 39 Vict c 77) saamgesmelt in die *High Court of Justice*. Die gevolg daarvan was die sg *fusion of law and equity*, en daar is bepaal dat in 'n geval van verskil tussen die reëls van *equity* en van die *common law*, eg voorrang sou geniet. Ten spyte hiervan kan die Engelse reg vandag nog verdeel word in twee afdelings, nl die *common law* en *equity* – Allen 396 en 408 en Hahlo & Kahn 135.

[14]Sien Allen 368; Van Apeldoorn *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht* (1972) 9–16.

[15]Wanneer ek hierna praat van *estoppel* bedoel ek *estoppel by representation*.

[16]De Wet se omskrywing van estoppel op bl 16 kan aanvaar word as 'n korrekte en volledige omskrywing van die leerstuk: "Wanneer 'n persoon opsetlik of deur sy nalatigheid by 'n ander die vertroue verwek dat 'n bepaalde toedrag van sake bestaan, en die ander handel tot eie nadeel ten gevolge van die vertroue, dan word die verhouding tussen die twee persone beoordeel asof die gemelde toedrag van sake werklik bestaan."

[17]Aangehaal deur Lord Wright in die uitspraak van die *Privy Council* in *Canada and Dominion Sugar Co Ltd v Canadian National* (*West Indies*) *Steam Ships Ltd* 1947 AC 46 55.

In die Engelse reg tref 'n mens dikwels die bewering aan dat *estoppel is a rule of evidence* en hiermee saam *estoppel is not a cause of action.*[18] Die rede waarom estoppel as 'n reël van die bewysreg beskou word, is omdat die uitwerking daarvan is dat sekere getuienis uitgesluit word. Die estoppel-ontkenner het byvoorbeeld die skyn verwek dat die posisie X is. Na die tyd wil hy hom egter op die ware toedrag van sake wat Y is, beroep. Die estoppel-opwerper het egter tot sy nadeel op skyn X gehandel en die estoppel-ontkenner word daarom belet om getuienis aan te voer dat Y die werklike posisie is. Getuienis aangaande Y word dus uitgesluit.

Die gesag wat gewoonlik vir die standpunt aangehaal word, dat estoppel 'n reël van die bewysreg is, is die volgende stelling van regter Lindlay in *Low v Bouverie*:[19]

> "estoppel is not a cause of action – it is a rule of evidence which precludes a person from denying the truth of some statement previously made by himself."

As gevolg van hierdie beskouing word estoppel in die meeste Engelsregtelike boeke oor die bewysreg behandel. Hoewel sommige skrywers meen dat estoppel tereg onder die bewysreg tuishoort,[20] stem ander nie hiermee saam nie. Phipson[21] beweer byvoorbeeld dat estoppel "may in many cases be regarded as a rule of substantive law", terwyl Wigmore estoppel nie eens in sy werk bespreek nie omdat hy dit beskou as 'n "doctrine of substantive law".[22] Ewart, in sy werk oor estoppel, behandel die vraag uitvoerig[23] en kom tot die gevolgtrekking dat estoppel nie 'n reël van die bewysreg is nie.

Die Engelse howe het hulle ook nie by die opvatting gehou dat estoppel 'n reël van die bewysreg is nie. Die skrywers wat meen dat estoppel 'n reël van die materiële reg is, verwys gewoonlik na die volgende opmerking van Lord Wright in *Canada and Dominion Sugar Co Ltd v Canadian (West Indies) Steam Ships Ltd*:[24]

> "Estoppel is often described as a rule of evidence, as, indeed, it may be so described. The whole concept is more correctly viewed as a substantive rule of law."

Gesien as 'n instrument vir regsontwikkeling verval enige moontlike besware teen die toepassing van die leerstuk – vgl bv die uitdrukking *estoppels are odious*. Sien hieroor Spencer Bower 19–21; Everest & Strode 9–14; Cababé 49; *Halsbury* XV par 382.

[18]Sien Spencer Bower 6 ev; *Halsbury* XV par 334 n (c); Cababé 108 en 119–120; De Wet 106–107 en 102–106.

[19](1891) 3 Ch 82 CA. Vgl ook *re Sugden* (1917) 1 Ch 511. Vir 'n lys van gewysdes waarin hierdie uitdrukkings voorkom, sien Spencer Bower 7 n 1 en 2 en vgl ook die meer resente beslissings aangehaal op bl 8 en 9.

[20]Taylor *A Treatise on the Law of Evidence* (1858) 704; Stephen *A Digest of the Law of Evidence* (1914) 217.

[21]*On Evidence* (1970) 704.

[22]Wigmore *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law* (1940) par 1057. Sien verder soortgelyke menings deur Cross *Evidence* (1956) 192 ev Best *The Principles of the Law of Evidence* (1922) 462.

[23]aw 188 ev. Vgl ook *Halsbury* XV par 334: "Estoppel is often described as a rule of evidence, but the whole concept is more correctly viewed as a substantive rule of law."

[24]supra 56. Die verwerker van die 2e uitg van Spencer Bower se boek verwys ook na hierdie stelling en hy maak die volgende toegewing: "While it may be conceded that estoppel may be correctly placed somewhere between the law of evidence and the various branches of substantive law . . . it is nevertheless suggested that its place is nearer the former than the latter."

As daar vir die Engelse reg enige twyfel bestaan oor die plek van estoppel in die regsistematiek is dit wat die Suid-Afrikaanse reg aanbetref duidelik dat estoppel 'n reël van die materiële reg en nie van die bewysreg is nie. By De Wet[25] bestaan daar geen twyfel nie dat estoppel 'n reël van die materiële reg is. Hoewel die uitdrukking dat *estoppel is a rule of evidence* al sy verskyning in ons regspraak gemaak het,[26] was dit, soos De Wet aantoon,[27] hoogstens onskadelike napratery en het dit nooit enige invloed op ons howe gehad nie.

Skrywers oor die Suid-Afrikaanse bewysreg soos Hoffmann[28] en Schmidt[29] is dit ook eens dat estoppel nie 'n reël van die bewysreg is nie.[30] Beide gee slegs 'n kort oorsig van estoppel. Volgens Hoffmann[31] is die teorie dat estoppel 'n reël van die bewysreg is deur Engelse regters ontwerp om te verduidelik waarom estoppel slegs as 'n verweer gebruik kan word en nie as 'n aksiegrond nie. Estoppel het derhalwe onder valse voorwendsels toegang verkry tot handboeke oor die bewysreg.

Wat beteken dit egter om te sê dat estoppel 'n leerstuk van die materiële reg is? Die funksie van estoppel is, soos ons gesien het, die tempering en die verandering van die bestaande reg. Ons kan dus sê dat estoppel 'n algemene leerstuk van die reg is wat ten doel het om die materiële reg te suiwer van die onbillike uitwerking van bestaande regsreëls. Hierdie doel word op een van twee wyses bereik: (a) Deur die effektiewe uitsluiting van 'n beroep op 'n bestaande regsreël (wat gedoen word deur die toepassing van die fiksie dat die skynposisie as die werklikheid gehandhaaf word);[32] of (b) deur 'n langdurige toepassing van (a), 'n verandering in die materiële reg teweeg te bring.

Die ander uitdrukking wat gewoonlik saam met die stelling dat estoppel 'n reël van die bewysreg is, genoem word, en waarna reeds verwys is, is: *Estoppel is not a cause of action.*[33] Hierdie uitdrukking doen geen afbreuk aan die stelling dat estoppel 'n reël van die materiële reg is in die sin waarin dié stelling verduidelik is nie.

Ewart[34] meen dat die reël *estoppel is not a cause of action* geen werklike betekenis het nie maar dat dit "largely a matter of words" is. Hy verduidelik dat die skynverwekking nie die aksiegrond is nie maar dat dit as 'n verweer

---

[25]106–107, veral n 1 op bl 107.

[26]*Sprinz v Rayton Diamond Mines* 1927 WLD 23; *Union Government v National Bank of SA Ltd* 1921 AD 121.

[27]107 n 1.

[28]*South African Law of Evidence* (1963) 386–387. Hoffmann opper die interessante gedagte dat indien dit waar was dat estoppel 'n reël van die bewysreg is, sou dit moes volg dat a 55 van prokl 11 van 1902 (Tvl) die hele Engelsregtelike leerstuk van estoppel in die Transvaal ingevoer het, terwyl dit nooit so deur ons howe aanvaar is nie. (Vgl *Trust Bank van Afrika Bpk v Eksteen* 1964 3 SA 402 (A)).

[29]*Die Bewysreg* (1972) 7 8 en 440 ev.

[30]*contra* May *South African Cases and Statutes on Evidence* (1962) 140 ev.

[31]387.

[32]De Wet steun die standpunt dat estoppel 'n leerstuk van die materiële reg is (106–107). Volgens hom is die uitwerking van 'n geslaagde beroep op estoppel dat die skyn gehandhaaf word asof dit die werklike posisie is (54–55).

[33]Sien n 18 hierbo.

[34]187 ev.

geopper word. Indirek het dit egter tot die aksie aanleiding gegee. Indien dit begryp word, sê hy, is dit onnodig om verder op die vraag in te gaan of estoppel 'n aksiegrond is of nie.

Volgens De Wet[35] het die uitdrukking *estoppel is not a cause of action* wel 'n besondere betekenis, te wete dat die feite wat die grondslag vir estoppel vorm (naamlik nalatige wanvoorstelling) nie die grondslag vir 'n aksie kan wees nie. Nalatige wanvoorstelling kan in die Engelse reg alleen langs die omweg van estoppel tot aanspreeklikheid lei. Waar die verweer om een of ander rede nie beskikbaar is nie, is daar dus geen aanspreeklikheid nie. De Wet staan dus op die standpunt dat die eiser sy eis onder 'n ander mantel moet inklee, en dan van estoppel gebruik moet maak teen die verweer van die verweerder. In hierdie sin is dit waar dat *estoppel is not a cause of action.*

Of die uitdrukking *estoppel is not a cause of action* enige werklike betekenis het, al dan nie, staan slegs in verband met die formele inkleding van die pleitstukke, en doen geen afbreuk aan die feit dat estoppel 'n leerstuk van die materiële reg is nie.[36]

III POSITIEWE REG

Die aksie waarmee 'n eienaar in ons reg sy roerende sake uit die hande van derdes opvorder, is die *rei vindicatio*. Hierdie aksie het sy oorsprong in die Romeinse reg.

Dit gebeur dikwels in ons reg dat die verweer van estoppel teen 'n eienaar se *rei vindicatio* opgewerp word. Estoppel, as sodanig, was natuurlik nie in die Romeinse of Romeins-Hollandse reg 'n verweer teen die *rei vindicatio* nie. Die redelik moderne leerstuk van estoppel is in ons reg vanuit die Engelse reg oorgeneem. Voordat ons positiewe reg egter onder oë geneem kan word ten einde vas te stel of estoppel enige invloed op die *rei vindicatio* gehad het, is dit nodig om na die benadering van die Romeinse en Romeins-Hollandse reg te verwys ten opsigte van die mate van beskerming wat aan die eiendomsreg van die eienaar verleen word.

(a) Romeinse reg

Die opvordering van sake uit die hande van derdes berus in die Romeinse reg op die beginsel *ubi rem meam invenio, ibi vindico*. Die eienaar kon in beginsel sy saak met die *rei vindicatio*[37] opvorder van enigeen wat hy in besit daarvan gevind het.

Die Romeinse reg het nie van die begin af die eienaar se eiendomsreg so volkome beskerm nie.[38] Eiendom is deur die loop van die geskiedenis van die Romeinse reg op baie verskillende wyses beskerm. Die presiese inhoud

---

[35] 102 e v.

[36] Dat die uitdrukking, wanneer gebruik, slegs van prosesregtelike betekenis is, blyk duidelik uit die volgende beslissings waar dit ter sprake gekom het: *Adriatic Insurance Co v O'Mant* 1964 3 SA 292 (SR); *Mann v Sydney Hunt Motors* 1958 2 SA 102 (GW). In lg saak bv is die eksepsie teen die eiser se eis gehandhaaf omdat hy in sy deklarasie, ipv in sy replikasie, estoppel beweer het.

[37] *D* 44 7 25 *pr.*

[38] Oor die geskiedenis van die beskerming van eiendom in die Romeinse reg, sien Hijmans *Romeinsch Zakenrecht* (1926) hfst 4.

en omvang van die regsmiddels wat op die verskillende stadiums tot die eienaar se beskikking was, is egter nie met sekerheid vas te stel nie. Wat wel duidelik is, is dat die eienaar se eiendomsreg aanvanklik maar 'n swak reg was, maar dat, namate die reg ontwikkel het en die handelsverkeer bestendig is, sterker beskerming aan die eienaar verleen is.[39]

In die Justiniaanse reg bestaan daar geen twyfel meer oor die sterk beskerming wat aan die eiendomsreg van die eienaar verleen word nie. Die *rei vindicatio* kon ingestel word al het die derde die saak te goeie trou en vir waarde verkry, of al het die eienaar dit vrywillig aan 'n ander afgestaan wat dan die saak sonder magtiging verkoop het.[40] Hierdie sterk beskerming vind uitdrukking in stelreëls soos: *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*[41] en *id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest.*[42] Die hele aangeleentheid word uit die oogpunt van die eiendomsreg van die eienaar beskou en die gesindheid waarmee die derde die saak verkry het, word geïgnoreer – die derde moes nie onkundig wees omtrent die omstandighede van die persoon met wie hy kontrakteer nie, is daar gesê.[43]

(b) Romeins-Hollandse reg

Die Germaansregtelike reël *mobilia non habent sequelam,*[44] of roerende goed het geen gevolg nie,[45] is direk in stryd met die beginsel van die Romeinse reg dat *ubi rem meam invenio, ibi vindico.* Volgens die *mobilia*-reël kan 'n eienaar wat sy roerende goed vrywillig uit sy hand laat gaan het dit slegs terugvorder van diegene aan wie hy dit vrywillig gegee het. Hy kan dit nie terugvorder van derdes wat dit op die een of ander wyse van die tweede hand verkry het nie. Hierdie reëling word weergegee deur uitdrukkings soos *wo man seinen Glauben gelassen hat, muss man ihn wiederfinden*[46] en *Hand muss Hand wahren.*[47] Die eienaar het alleen in geval van onvrywillige besitsverlies, wat aanvanklik tot diefstal en roof beperk was, 'n terugvorderingsreg teen derdes gehad.[48]

---

[39]Hijmans hfst 4; Schmidt "Mobilia non Habent Sequelam en die Perke van die Reivin dicatio" 1955 *THRHR* 209 (hierna aangehaal as "Mobilia"); *Van der Merwe v Webb* (1883) 3 EDC 97.

[40]Schmidt "Mobilia" 210.

[41]*D* 50 17 54.

[42]*D* 50 17 11.

[43]*D* 50 17 19: *Qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus condicionis eius.*

[44]Die oorwig van gesag steun die opvatting dat die *mobilia*-reël van Germaansregtelike oorsprong is – vgl Asser-Beekhuis *Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht* (1957) 245; Van Apeldoorn "Roerend Goed Heeft geen Gevolg" 1930 *Rechtsgeleerd Magazijn* 184 (hierna aangehaal as "Roerend Goed") – op bl 185 gee hy 'n lys van die gesaghebbende ondersteuners van die standpunt; Dooyeweerd *De Rechtshistorische Oorsprong van het Beginsel "Meubles n'ont pas de suite" (roerende goed heeft geen gevolg in de derde hand) en zijn Uitwerking in ons Huidig Burgerlijk Recht* (Amsterdam) (hierna aangehaal as *Meubles*); *contra* Hofmann *Hand muss Hand Wahren in het Oud-Germaansche en Oud-Duitsche Recht* (1972) aangehaal deur Van Apeldoorn "Roerend Goed"; Van Bemmelen *Le Systeme de la Propiété Mobilière* (1887) 52 ev.

[45]*roerend goed heeft geen gevolg, meubles n'ont pas de suite.*

[46]Soek jou vertroue waar jy dit gelaat het.

[47]Letterlik: (Die een) hand moet (die ander) hand oppas.

[48]Daar bestaan baie literatuur oor die ontstaan en geskiedkundige ontwikkeling van die reël *mobilia non habent sequelam* en dikwels ook sterk meningsverskil tussen die skrywers

Die Germaanse reg, soos ander primitiewe regstelsels, het nie die saaklike reg van die eienaar as sodanig beskerm nie maar die fisiese heerskappy oor 'n saak, die sogenaamde *Gewere*. Hy wat die *Gewere* gehad het, is as die saaklikgeregtigde beskou en sy heerskappy oor die saak is beskerm. As die eienaar sy goed onvrywillig kwytgeraak het, kon hy dit van derdes opvorder, nie omdat hy die eienaar was nie maar omdat sy *Gewere* verbreek is. Wie sy *Gewere* vrywillig aan iemand anders oorgedra het se *Gewere* is nie verbreek nie en hy het geen regsvordering teen derdes gehad nie – *mobilia non habent sequelam*. Hy moes sy vertroue soek waar hy dit gelaat het. Die derde wat die saak van die vertrouensman verkry het, het die fisiese heerskappy oor die saak, die *Gewere*, verkry en hy is deur die reg beskerm.

Die Germaanse reg het met ander woorde in beginsel die sigbare regsband beskerm. Dit is eers in 'n later stadium van regsontwikkeling waar die abstrakte verhouding tussen regsubjek en regsobjek, die saaklike reg, beskerm word en die eienaar sy saak van die nie-reghebbende derde kan opvorder, al het die derde dit te goeie trou en vir waarde verkry.[49]

Reeds voor die resepsie van die Romeinse reg in die lande van Wes-Europa het die reël *mobilia non habent sequelam* nie meer aan die verkeersbehoeftes voldoen nie en het daar 'n tendens tot sterker eiendomsbeskerming ontstaan. Die opvordering teen derdes is uitgebrei en die *mobilia*-reël gevolglik ingeperk.[50] Die eerste uitbreiding was om die opvorderingsreg van die eienaar teen derdes ook toe te laat ten aansien van verlore goedere. Aanvanklik is aan hierdie aksie ook 'n delikskarakter verleen deurdat toe-eiening van verlore goedere gelykgestel is aan diefstal.[51]

Die ontwikkeling in die rigting van 'n sterker beskerming van eiendomsreg is sterk gestimuleer deur die resepsie van die Romeinse reg as die gemene reg in die lande van Wes-Europa. Die Romeinsregtelike reël *ubi rem meam invenio, ibi vindico* het egter nie die Germaanse reël geheel en al verdring nie. Die resepsie van die Romeinse reg het gepaard gegaan met 'n groot handelsopbloei.[52] Die handelsverkeer het vereis dat die opvordering uit die derde hand in sommige gevalle beperk word. Waar daar geen of weinig handelsverkeer was, byvoorbeeld in Friesland,[53] het die Romeinse reg egter geseëvier.

Omdat die Romeinse reël gemene reg was, is die beperkinge op die *rei*

(sien n 44 hierbo). Die baie volledige beskrywing deur Van Apeldoorn "Roerend Goed" en Dooyeweerd *Meubles*, wat in hooftrekke met mekaar ooreenstem, is mi histories die getrouste.

[49]Van Apeldoorn "Roerend Goed" 211; Dooyeweerd *Meubles* 10; Schmidt "Mobilia" 209; Asser-Beekhuis 246–247.

[50]Sien Van Apeldoorn "Roerend Goed" 196 ev vir 'n bespreking van die uitbreiding van eiendomsbeskerming in die Middeleeuse reg, en ná die resepsie van die Romeinse reg.

[51]Dooyeweerd *Meubles* 2–8.

[52]Die handelsopbloei was juis een van die redes vir die resepsie van die Romeinse reg, omdat dit 'n behoefte laat ontstaan het aan 'n meer ontwikkelde en gesofistikeerde regstelsel.

[53]Van Apeldoorn "Roerend Goed" 217; Dooyeweerd *Meubles* 12.

vindicatio bepaal deur lokale statute en keuren. Die beperkinge het almal verband gehou met die handel of met sekere handelsbedrywe.[54]

(c) Suid-Afrikaanse reg

Die reg van die eienaar om sy goed van derdes op te vorder, berus in die Suid-Afrikaanse reg in beginsel ook op die reël *ubi rem meam invenio, ibi vindico*. Die eienaar kan met ander woorde sy saak met die *rei vindicatio* opvorder van enige derde wat in besit daarvan is, al het die derde dit te goeie trou en vir waarde verkry.[55]

Dieselfde behoefte wat daar in enige moderne regstelsel bestaan om die onbeperkte opvorderingsreg van die eienaar in sommige gevalle in te perk, en wat reeds in die Romeins-Hollandse reg bestaan het, word natuurlik ook in die Suid-Afrikaanse reg aangetref.[56] In die Romeins-Hollandse reg is die beperkinge op die gemeenregtelike *rei vindicatio* bepaal deur plaaslike wetgewing wat in 'n mindere of meerdere mate uitdrukking gegee het aan die Germaansregtelike beginsel *mobilia non habent sequelam*. Die geldingsgebied van die *mobilia*-reël is in die Suid-Afrikaanse reg beperk tot die gebied van die pandreg.[57] Die beperkinge op die *rei vindicatio* wat in plaaslike wetgewing in die Romeins-Hollandse reg voorgekom het, het nooit in die Suid-Afrikaanse reg gegeld nie.[58]

Die leerstuk van estoppel wat in ons reg vanuit die Engelse reg oorgeneem is,[59] stel egter 'n beperking op eiendomsopvordering.[60] 'n Eienaar

---

[54]Voet *Comm ad Pand* 6 1 12: *Quod ita tum litium minuendarum gratia, tum praecipue ob commerciorum usum videtur inductum*. Vir 'n volledige bespreking van die beperkinge op die *rei vindicatio* in die Romeins-Hollandse reg, bv t o v goedere gekoop op 'n *vrije markt*, of t g v *tafelhouders, lombarden* en *oude kleerkopers*, vgl Schmidt "Mobilia" en Lee *An Introduction to Roman-Dutch Law* (1953) 428 e v.

[55]*Adams v Mocke* 23 SC 782; *Lawless v Lane* 1909 TS 589; *Morum Bros Ltd v Nepgen* 1916 CPD 392; *Muller v Chennells* 1923 NPD 69; *Grosvenor Motors* (*Potchefstroom*) *Ltd v Douglas* 1956 3 SA 420 (A).

[56]In sy afwykende uitspraak in *Johaadien v Stanley Porter* (*Paarl*) (*Pty*) *Ltd* 1970 1 SA 394 (A) 411 het ar Rumpff die volgende gesê: "Dat die eise van die handelsverkeer, as sodanig, 'n beperkende invloed op die uitoefening van die *rei vindicatio* kan hê, blyk ook uit wat Matthaeus in *Paroemia Septima* 17, *tertio* verklaar . . . Dat die eise van die moderne handelsverkeer geheel en al anders kan wees as die van die 16de, 17de en 18de eeue, kan m i beswaarlik ontken word en dat deur middel van 'n pleit van estoppel die *rei vindicatio* op grond van die eise van die moderne handelsverkeer beperk sou kon word, skyn my nie uitgesluit te wees nie." Die meerderheid van die hof het egter by monde van hr Steyn beslis dat die eise van die handelsverkeer nie in die omstandighede van die onderhawige saak die *rei vindicatio* kan inkort nie.

[57]*Adams v Mocke* supra.

[58]Vgl Schmidt "Mobilia".

[59]vgl De Wet hfst II. Die appèlhof verwerp oënskynlik in *Trust Bank van Afrika Bpk v Eksteen* supra by monde van hr Steyn die opvatting dat die leerstuk van estoppel in ons reg vanuit die Engelse reg oorgeneem is. Dat hr Steyn se bedoeling slegs was dat ons howe hulle eers tot ons eie estoppelreg, soos deur ons regspraak ontwikkel, moet wend voordat Engelsregtelike gewysdes ondersoek word, blyk uit sy uitspraak in *Johaadien v Stanley Porter* (*Paarl*) (*Pty*) *Ltd* supra op bl 401D–E en 402E–H.

[60]*Grosvenor Motors* (*Potchefstroom*) *Ltd v Douglas* supra; *Johaadien v Stanley Porter* (*Paarl*) (*Pty*) *Ltd* supra; *Adams v Mocke* supra; *Morum Bros Ltd v Nepgen* supra. Vgl ook De Wet 56 e v; Lee 428 e v; Schmidt "Mobilia" 227.

word die *rei vindicatio* ontsê indien hy op 'n skuldige[61] wyse die skyn verwek het dat iemand anders die eienaar van sy saak is, of die bevoegdheid het om dit te vervreem.

Nogtans verleen ons positiewe reg baie sterk beskerming aan die eiendomsreg van die eienaar en word hy nie ligtelik sy opvorderingsreg ontneem nie. Reeds so vroeg as 1906 het Lord De Villiers in die saak *Adams v Mocke*[62] gesê dat die algemene reël is dat 'n eienaar die reg het om te vindiseer, en dat die gevalle waar sy reg hom ontneem word uitsonderingsgevalle is. Die appèlhof het die eerste keer in *Grosvenor Motors (Potchefstroom) Ltd v Douglas*[63] die geleentheid gehad om hom oor hierdie vraag uit te laat en appèlregter Steyn (soos hy toe was) het in sy uitspraak die volgende gesê:[64]

> "It is only necessary to add that according to *Matthaeus Paroemia*, 7, 7, i.f., enactments derogating from an owner's vindicatory right are to be strictly (strictissime) construed, a view with which Voet, Commentarius, 6.1.12, agrees. This serves to emphasise the importance which, notwithstanding recognised exceptions, our law attaches to the owner's right to vindicate his property, and suggests that, where estoppel is pleaded, he is not debarred from asserting that right, unless there is clear proof of estoppel."

Hoofregter Steyn het in *Johaadien v Stanley Porter (Paarl) Pty Ltd*[65] hierdie benadering onderskryf. "Daaruit sou volg" sê hy "dat 'n uitbreiding van uitsonderingsgevalle nie geredelik aan te neem is nie."[66] Die regsposisie is dus dat eiendomsreg in ons reg sterk beskerming geniet en dat 'n inbreuk daarop nie ligtelik aanvaar word nie. As die eienaar egter skuldiglik 'n skyn verwek dat 'n ander die eienaar van sy saak is, of die bevoegdheid het om die saak te vervreem, en 'n derde handel te goeie trou tot sy nadeel op die skyn dan word die eienaar se *rei vindicatio* lamgelê deur 'n beroep op estoppel deur die derde.

IV REGSVERGELYKENDE GESIGSPUNTE

Daar is drie moontlike benaderings tot die probleem van die derde wat te goeie trou 'n eienaar se saak verkry:

In die eerste plek kan aan die eienaar 'n onbeperkte opvorderingsreg verleen word. Die eienaar kan dan die saak opvorder van enige derde wat hy in besit daarvan vind, afgesien daarvan of die derde die saak te goeie trou en vir waarde verkry het of nie. Hierdie benadering waaraan die Romeinse stelreël *ubi rem meam invenio, ibi vindico* reeds uitdrukking gegee het, vind toepas-

---

[61]Dat skuld 'n vereiste is vir 'n verweer van estoppel by die *rei vindicatio* blyk duidelik uit die uitsprake van die appèlhof in *Grosvenor Motors (Potchefstroom) Ltd v Douglas* supra; *Trust Bank van Afrika Bpk v Eksteen* supra; en *Johaadien v Stanley Porter (Paarl) (Pty) Ltd* supra. Die vereiste van skuld by die *rei vindicatio* is ook 'n aanduiding van die sterk beskerming wat die eiendomsreg van die eienaar in ons reg geniet.

[62]supra bl 788 van die verslag.

[63]supra.

[64]bl 427 van die verslag.

[65]supra.

[66]bl 406 van die verslag. Sien ook bl 408C. Vgl verder *Electrolux (Pty) Ltd v Khota* 1961 4 SA 244 (W) 250.

sing in lande soos Denemarke, Noorweë, Portugal en die meeste state van Suid-Amerika.[67]

Tweedens kan 'n teenoorgestelde benadering gevolg word deur onbeperkte beskerming aan die *bona fide*-derde te verleen. Ingevolge die Italiaanse *Codice Civile* van 1942 verkry die derde wat te goeie trou 'n eienaar se saak verkry onder alle omstandighede die eiendomsreg daarvan.[68]

Ten derde kan 'n middeweg tussen onbeperkte opvordering deur die eienaar en onbeperkte beskerming van die derde gevolg word. Die Suid-Afrikaanse reg, soos die regstelsels van die *common law*-lande, volg 'n middeweg deurdat dit die Romeinse reël van onbeperkte opvordering as uitgangspunt aanvaar maar, deur die toepassing van estoppel, die eienaar in sommige gevalle hierdie reg ontsê. Die meeste lande van die Europese vasteland volg ook 'n middeweg hoewel die probleem op 'n ander manier opgelos word.

In die kodes van die Europese regstelsels tref 'n mens ooreenstemmende bepalings aan wat daarop neerkom dat die derde wat te goeie trou 'n saak van 'n nie-eienaar verkry, eienaar van die saak word, en dat die oorspronklike eienaar sy eiendomsreg verloor. Artikel 2014 van die Nederlandse *Burgerlijk Wetboek* bepaal byvoorbeeld:

> "*Met betrekking tot roerende goederen*, die noch in renten bestaan, noch in schulden welke niet aan toonder betaalbaar zijn, *geldt het bezit als volkomen titel.*"[69]

'n Soortgelyke bepaling vind ons in § 932 van die Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch*:

> "Durch eine nach § 929 erfolgte Veräusserung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräusserer gehört, es sei denn, dass er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist."[70]

---

[67]Vgl Konrad Zweigert "Rechtsvergleichend-kritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb" 23 *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht* (begründet von Rabel) (hierna genoem "Mobiliarerwerb") 4. Sekere uitsonderings kom egter wel voor, bv tov geld en verhandelbare dokumente.

[68]a 1153–1157 *C Civ.* Vgl ook Zweigert "Mobiliarerwerb" 10 ev. Hierdie benadering kom, vir die Suid-Afrikaanse juris in elk geval, te radikaal voor.

[69]my kursivering. Vgl ivm a 2014 *BW* die volgende: Asser-Beekhuis 245 ev; Pitlo *Het Systeem van het Nederlandse Privaatrecht* (1968) 327 ev; Hofmann *Het Nederlandsch Zakenrecht* (1935) 90 ev; Van Oven "Art. 2014 B.W. en die Bezitsbescherming van Roerend Goed" 2016 *WPNR* 417; Scholten "Bezit en Bewijs bij de Revindicatie" 2897 *WPNR* 481; Meijers "De Rechtspraak van den Hoogen Raad omtrent 'bezit geldt als volkomen titel'" 3026 *WPNR* 895; Hofmann "Eenige Opmerkingen over de Beteekenis van art. 2014 B.W." 3059 *WPNR* 505; Van Apeldoorn "Roerend Goed": Van Oven "Eigendom van Roerende Zaken" 11 *Nederlands Juristenblad* 225; De Grooth "Rondom het Damhof-arrest" 1952 *RM Themis* 117; Wiarda "Het Arrest van 5 Mei 1950" 4207 *WPNR* 401.

[70]Vgl ivm § 932 *BGB* die volgende Baur *Lehrbuch des Sachenrechts* (1970) 442 ev; Westermann *Lehrbuch des Sachenrechts* (1966) 219 ev; Heck *Grundriss des Sachenrechts* (1960) 246 ev; Gierke *Deutsches Privatrecht* (1905) 552 ev; Hübner *Grundzüge des Deutschen Privatrechts* (1969) 433 ev; Zweigert "Mobiliarerwerb"; Horst Müller "Gedanken zum Schutz des Guten Glaubens in Rechtsvergleichender Sicht" 1963 *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 2 (hierna genoem "Gedanken zum Schutz"); Giehl "Der gutgläubige Mobiliarerwerb – Dogmatik und Rechtswirklichkeit" 161 *Archiv für Zivilistische Praxis* 357; Schultze "Gerüfte und Marktrauf in Beziehung zur Fahrnisverfolgung" 1 *Festgabe fur Felix Dann* 1.

Die Franse adagium lui:

"En fait de meubles *possession vaut titre*."[71]

Hierdie bepalings het ontwikkel uit die Germaansregtelike reël dat *mobilia non habent sequelam*.[72] Die *mobilia*-reël het egter net die eienaar se reg uitgesluit om te vindiseer terwyl die kodes 'n selfstandige wyse van eiendomsverkryging deur die *bona fide*-derde skep.[73] Die kodes het dus 'n ontwikkeling meegebring vanaf blote uitsluiting van eiendomsopvordering tot die verkryging en verlies van eiendomsreg self.[74]

Die vastelandse kodes het dus in die botsing tussen die belang van die eienaar dat sy eiendomsreg beskerm word en die belang van die derde dat sy vertroue beskerm word ten gunste van laasgenoemde gekies. Die opoffering van die eienaar se eiendomsreg ten gunste van die *bona fide*-derde word geregverdig met 'n beroep op die eise van die handelsverkeer[75] – "die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs."[76] Zweigert stel dit soos volg:[77]

> "Gerade in der modernen Wirtschaft, die durch Arbeitsteilung, weitgetriebene Anonymität des vertraglichen Verkehrs und durch typisierte Massengeschäfte gekennzeichnet ist, besteht ein legitimes Ordnungsinteresse daran, die Erwerber in ihrer Gesamtheit vor unzumutbaren Nachforschungen über das Recht ihres Vormannes zu bewahren und sie in ihrem Vertrauen auf seine Verfügungsbefugnis zu schützen."

Die belang van die eienaar om sy eiendomsreg te behou, word dus nie ter wille van die belang van die derde dat sy vertroue beskerm word, ontken nie maar ter wille van 'n hoër algemene belang, naamlik die bevordering en bestendiging van die handelsverkeer.

Daar bestaan geen regsvoorskrif in die Suid-Afrikaanse reg wat ooreenstem met die Europese bepalings oor *bona fide*-eiendomsverkryging nie. Eiendomsverkryging vind in ons reg alleen plaas deur een van die erkende gemeenregtelike oorspronklike of afgeleide wyses. Deur die toelating van estoppel as 'n verweer teen 'n eienaar se *rei vindicatio* bereik ons reg egter

---

[71]my kursivering. Vgl ivm a 2279 *CC* die volgende: Hofmann 91 ev; Asser-Beekhuis 249 ev; Van Bemmelen 367 ev.

[72]Asser-Beekhuis 245 ev; Hofmann 90 en 92; Gierke 552–553; Westermann 224 ev; Hübner 447 ev.

[73]Sien bv die onderskeid wat Westermann op bl 182 ev en Baur op bl 421 ev maak tussen *Erwerb vom Eigentümer* en *Erwerb vom Nichtberechtigten*.

[74]Gierke verduidelik op bl 566 tav die Duitse reg dat die uitsluiting van eiendomsopvordering na die resepsie van die Romeinse reg beskou is as 'n beperking op die *rei vindicatio*. Daar is egter al meer en meer, as gevolg van die uitsluiting van eiendomsopvolging, die verkryging en verlies van eiendomsreg self aangeneem. Die *Handelsgesetzbuch* was die eerste om die reël *Hand muss hand wahren* te omskep in 'n voorskrif oor eiendomsverkryging (§ 366) en daarna volg die *BGB* met § 932.

[75]Daar bestaan ook ander teorieë oor die regverdiging vir die opoffering van die eienaar se eiendomsreg, bv dat die eienaar die risiko dra vir die betroubaarheid van sy vertrouensman (Müller "Gedanken zum Schutz" 4 ev), of dat die beskerming aan die derde verleen word uit billikheidsoorwegings (Asser-Beekhuis 259 ev). Die teorie dat die enigste regverdiging vir die opoffering van die eienaar se eiendomsreg geleë is in die eise van die handelsverkeer, geniet egter die meeste aanhang (vgl Zweigert "Mobiliarerwerb"; Wolff-Raiser 249 ev; Heck 246 ev), en dit skyn my ook die korrekte opvatting te wees.

[76]Zweigert "Mobiliarerwerb" 14.

[77]op bl 15.

basies dieselfde resultaat as die Europese regstelsels, buiten dat daar nie só ver gegaan word as om te sê dat die derde die eiendomsreg van die saak verkry nie.

Die verskil tussen die regsposisie in die Suid-Afrikaanse reg en in die vastelandse regstelsels kan aan verskillende faktore toegeskryf word.

In die eerste plek het die voorskrifte van die kodes oor *bona fide*-eiendomsverkryging hul oorsprong in die *mobilia*-reël.[78] Die *mobilia*-reël het, behalwe vir 'n enkele uitsonderingsgeval,[79] nooit in ons reg gelding verkry nie. Die moontlikheid het dus nooit in die Suid-Afrikaanse reg bestaan dat, soos in die Europese regstelsels gebeur het, 'n reël in verband met *bona fide*-eiendomsverkryging deur 'n proses van logiese regsontwikkeling uit die *mobilia*-reël kon ontstaan nie. So 'n reël sou in die Suid-Afrikaanse reg langs 'n ander weg moes ontstaan.

Tweedens het die groot handelsopbloei wat daar in die vorige twee eeue in Europa plaasgevind het direk aanleiding gegee tot die ontwikkeling van die *mobilia*-reël tot 'n voorskrif omtrent *bona fide*-eiendomsverkryging. Dink maar daaraan dat die eerste voorskrif in Duitsland oor eiendomsverkryging deur 'n derde wat te goeie trou is, in die *Handelsgesetzbuch* aangetref word.[80] Gedurende hierdie tydperk het die Suid-Afrikaanse ekonomie nog in sy kinderskoene gestaan en was landbou die belangrikste bedryf. Dit is maar in die afgelope aantal dekades wat daar 'n groot ontwikkeling in Suid-Afrika op handelsgebied plaasgevind het en wat daar 'n moderne ekonomie gevestig is. Dit kan gevolglik nou vir die eerste keer verwag word dat daar 'n behoefte sal ontstaan om die persoon wat te goeie trou 'n saak van 'n nie-eienaar gekoop het, as die eienaar van die saak te erken.

'n Derde en baie belangrike rede vir die verskil tussen die Suid-Afrikaanse en vastelandse regstelsels is die feit dat die beskerming van die derde se goeie trou in ons reg juis langs die weg van estoppel plaasgevind het, en nog steeds plaasvind. Estoppel word, soos ons gesien het, in die Engelse reg tradisioneel as 'n reël van die bewysreg beskou wat inhou dat die toepassing daarvan geen materieelregtelike konsekwensies kan hê nie. Indien daar aan hierdie uitgangspunt vasgehou word, kan daar met ander woorde hoogstens beweer word dat die eienaar se *rei vindicatio* teenoor die derde uitgesluit word, maar nie dat die derde as gevolg van die suksesvolle beroep op estoppel eienaar van die saak geword het nie.

Op die keper beskou, het ons hier te doen met 'n verskynsel wat hom in enige moderne regstelsel voordoen, naamlik 'n botsing tussen die eiendomsbelang van die eienaar en die belang om die goeie trou van die derde verkryger van die saak te beskerm. Die feit dat hierdie belangebotsing in ons reg met die hulp van estoppel bygelê word, is 'n toevalligheid. Die moderne handelsverkeer vereis nie slegs dat die eienaar se opvorderingsreg uitgesluit word nie maar dat die derde ook as die eienaar van die saak beskou sal word. 'n Blote uitsluiting van die eienaar se opvorderingsregte laat, soos daar hierbo in die inleiding aangetoon is, te veel ruimte vir regsonsekerheid wat nie tot

---

[78]Vgl n 72 hierbo.
[79]*mobilia non habent sequelam ex causa hypothecae.*
[80]§ 366.

die bestendiging van die handelsverkeer bydra nie. Daar is aan die een kant die eienaar van die saak maar sy eiendomsreg beteken vir hom niks want hy kan nie die saak van die derde terugvorder nie. Aan die ander kant is daar die derde wat nie die saak aan die eienaar hoef uit te lewer nie maar hy word self nie as die eienaar daarvan erken nie. Hy kan dus nie die saak aan 'n ander vervreem nie en hy het ook geen aksie teen die dief of die saakbeskadiger nie. So 'n resultaat in die geval van roerende goed is onsinnig en ongewens in die lig van die intensiewe moderne handelsverkeer. Ons moet nie die eise van die moderne handelsverkeer miskyk deur ons teen estoppel blind te staar nie.[81]

Die ontwikkeling van die reg tot by die erkenning van *bona fide*-eiendomsverkryging is ook nie langs die weg van estoppel uitgesluit nie. Ek het reeds daarop gewys dat estoppel 'n reël van die materiële reg is wat ten doel het die billike toepassing en ontwikkeling van die bestaande reg. In die geval van die *rei vindicatio* kan die langdurige uitsluiting van die eienaar se opvorderingsreg deur estoppel gaandeweg lei tot die ontwikkeling van die reg tot 'n erkenning van eiendomsverkryging deur die estoppel-opwerper.

Dit is vir ons howe gewoonlik nie nodig om verder te gaan as om 'n verweerder se verweer van estoppel teen 'n eienaar se *rei vindicatio* toe te laat of af te wys nie. Dit kan egter aanvaar word dat 'n eienaar teen wie 'n verweer van estoppel geslaag het, aanvaar dat hy sy eiendomsreg kwyt is. Die afwesigheid van enige regspraak waarin die oorspronklike eienaar sy saak opeis van iemand wat dit van die derde verkry het, is ook 'n aanduiding dat dit die geval is.

Daar is egter ook in ons regspraak 'n mate van steun te vind vir die standpunt dat die toepassing van die leerstuk van estoppel eiendomsverkryging tot gevolg het. In die saak *West v Pollak & Freemantle*[82] was die volgende die feite: As sekuriteit vir 'n lening het West sekere aandeelsertifikate[83] en oordragvorms, in blanko onderteken, aan ene Hunt, 'n makelaar, oorhandig. In stryd met hul afspraak gee Hunt voor die datum waarop die lening terugbetaalbaar is aan die respondente, wat ook makelaars was, opdrag om die aandele namens hom te verkoop, wat hulle ook doen. Die respondente betaal die verkoopprys aan Hunt en lewer die aandeelsertifikate aan die kopers. As gevolg van West se eis word die aandeelsertifikate kragtens 'n beursreël aan die respondente teruggelewer en word hulle verplig om ander aandeelsertifikate in die plek daarvan aan die kopers te lewer. West verkry 'n bevel *nisi* teen die respondente om hulle te verhoed om die oordrag van sy aandele in hul registers te registreer. Die bevel word op die keerdag opgehef en hierdie bevel word op appèl na die volbank van die Transvaalse hof bevestig. Die hof het by monde van regter Greenberg die volgende gesê:[84]

---

[81]Dit is interessant dat die Romeinse reg reeds erkenning verleen het aan die eise van die handelsverkeer deur verskillende verjaringstermyne te stel vir onroerende en roerende sake, nl 3 jaar en 1 jaar.

[82]1937 TPD 64.

[83]Hoewel die saak oor aandeelsertifikate handel, is dit duidelik dat die hof die aandeelsertifikate in blanko onderteken as gewone roerende sake beskou. Vgl ook *Warre Smith & Rance v Phillips* 1893 Hertzog 63 en De Wet 59 ev.

[84]op bl 68 van die verslag.

"In the present case the representation which is relied upon is the representation created through the documents, namely, that by giving the scrip and the blank transfer forms to Hunt, appellant represented that Hunt was authorised to deal with the shares. It appears to me that the effect of estoppel is that the appellant is not entitled to deny that he gave this authority which ostensibly he gave, with the result that he is deemed to have given the authority, and as a result of this authority, *ownership to the shares passes.*[85] In my opinion, the position is not that the appellant is estopped from denying the title of the person to whom delivery is given; he is estopped from denying that he gave authority and *as a result of this estoppel and the subsequent delivery actual title is created.*[86]

Die hof was ook nie onbewus van die argument dat eiendomsreg nie deur estoppel verkry kan word nie:

"As regards the question of *dominium*, it is contended on appellant's behalf that *dominium* cannot be acquired by estoppel. An analogy from the case of fixed property may be of use in dealing with this point. If A, who is the registered owner of fixed property, represents to B that C is authorised to sell and transfer this property and receive the price, and B, acting on this representation, buys it and pays the price to C, and receives transfer from C, I can see no ground for holding that B is not the owner, even though as between A and C the latter had no authority to transfer. If after transfer a third party damaged or trespassed on the property, B, and B alone, would be entitled to take action as owner."[87]

Dit is interessant om daarop te let dat die woorde "eiendomsverkryging deur estoppel" deur hoofregter Steyn gebruik is in die appèlhofbeslissing *Johaadien v Stanley Porter (Paarl) (Pty) Ltd.*[88] Hy verwys na die opmerking van Spencer Bower[89] dat daar in die Engelse reg geen direkte gesag is nie vir die handhawing van 'n estoppel op grond van inligting wat op navraag, sonder enige verpligting daartoe, verstrek is. Wat die Suid-Afrikaanse reg aanbetref, sê hoofregter Steyn, weet hy "van geen rede nie om die Engelse reg in so 'n geval verby te steek op 'n weg na *'n meer uitgebreide erkenning van eiendomsverlies en eiendomsverkryging deur estoppel.*"[90] As ek hierdie woorde reg verstaan, dan gee die appèlhof te kenne dat eiendomsverkryging deur estoppel moontlik is in ander gevalle as die geval waar inligting op navraag verskaf word, terwyl daar geen verpligting is om die inligting te verstrek nie.

Die gedagte van eiendomsverkryging deur estoppel is ook reeds geopper in 'n artikel deur H J O van Heerden.[91] Volgens hom word dit, onversigtige uitlatings ten spyt, nouliks in die Suid-Afrikaanse reg betwyfel dat estoppel 'n leerstuk van die materiële reg is.[92] Hy verwys na die saak

---

[85]my kursivering.
[86]my kursivering.
[87]bl 69 van die verslag. Vgl ook *Warre Smith & Rance v Phillips* supra 68 en 69; *United South Africa Association v Cohn* 1904 TS 733 744. Dit is interessant om daarop te let dat die beslissings waarin na eiendomsoorgang verwys word almal betrekking het op aandeelsertifikate wat weer op die rol van die handelsverkeer dui in enige ontwikkeling op hierdie gebied.
[88]supra.
[89]64.
[90]bl 409 van die verslag; my kursivering. Hr Steyn verwys ook na a 2014 *BW* en § 932 *BGB*, en bestempel dit as "'n eweknie van skuldlose estoppel" – vgl bl 404H–405A en 405H–406A van die verslag.
[91]"Estoppel: 'n Wyse van Eiendomsverkryging?" 1970 *THRHR* 19. Vgl ook Hahlo & Kahn *The Union of South Africa, The Development of its Laws and Constitution* (1960) 582.
[92]bl 20.

Morum Bros v Nepgen[93] waarin die reël van die gemene reg dat 'n eienaar wat sy saak aan 'n faktoor toevertrou het, nie kan vindiseer as die faktoor die saak op 'n bedrieglike wyse vervreem het nie, bespreek is, en sê die volgende daaroor:

> "In sodanige geval kon die eienaar volgens ons skrywers nie sy saak vindiseer nie, en dit is redelik duidelik dat hulle aanvaar het dat die eienaar in werklikheid sy eiendomsreg verloor het. En indien dit die geval is, verg dit net 'n klein stappie om tot die gevolgtrekking te geraak dat in alle gevalle waarin 'n (voormalige) eienaar weens die leerstuk van estoppel nie sy saak kan opeis nie, die besitter in werklikheid eienaar daarvan geword het."[94]

Die gevolgtrekking waartoe 'n mens kom, is dat daar in alle regstelsels as gevolg van die toenemende eise van die handelsverkeer 'n behoefte ontstaan om die *bona fide*-verkryger van 'n roerende saak te beskerm deur aan hom die eiendomsreg van die saak toe te ken. In die Europese regstelsels het die kodes hierdie behoefte erken deur voorsiening te maak vir *bona fide*-eiendomsverkryging terwyl die Suid-Afrikaanse reg, en ook die Engelse en Amerikaanse regstelsels,[95] nog besig is om, met die hulp van die leerstuk van estoppel, in daardie rigting te beweeg. Daar bestaan in die laasgenoemde regstelsels, as gevolg van die tradisionele siening van estoppel as 'n reël van die bewysreg, nog nie helderheid en eensgesindheid oor die rol van estoppel in hierdie ontwikkeling nie.

V 'N WYSE VAN EIENDOMSVERKRYGING

Dit sou misleidend wees om, in gevalle waar 'n beroep op estoppel eiendomsverkryging tot gevolg het, te praat van "eiendomsverkryging deur estoppel". Die verkryging van eiendomsreg is weliswaar 'n *gevolg* van die suksesvolle beroep op estoppel maar daar kan nie beweer word dat estoppel 'n *wyse* van eiendomsverkryging is nie.

Estoppel is, soos daar reeds aangetoon is, 'n instrument waardeur regsontwikkeling bewerkstellig word, 'n middel om die strengheid van die reg te temper. Hierdie feit moet nie uit die oog verloor word nie. Sodra die regsontwikkeling voltooi is en die nuwe regsreël uitgeken kan word, moet die instrument waardeur die ontwikkeling plaasgevind het, naamlik estoppel, verdwyn. Indien dit nie gebeur nie kan 'n goeie begrip van die eindresultaat verhinder word soos wat, om 'n vergelyking te gebruik, steierwerk die uitsig op 'n voltooide gebou belemmer.

Die eindontwikkeling *in casu* is die erkenning van 'n nuwe wyse van eiendomsverkryging, te wete deur die derde wat te goeie trou 'n eienaar se roerende saak vanaf 'n nie-eienaar verkry. Estoppel het sy funksie vervul en

---

[93]supra.

[94]bl 21.

[95]Daar is ook in hierdie regstelsels gesag aan te wys wat op 'n ontwikkeling in die rigting van 'n erkenning van eiendomsoorgang deur 'n beroep op estoppel dui. Vgl ivm die Engelse reg Spencer Bower 17; *Canada and Dominion Sugar Co Ltd v Canadian National (West Indies) Steam Ships Ltd* supra; *Eastern Distributors v Goldring* 1957 2 All ER 525 en ivm die Amerikaanse reg, *Corpus Juris Secundum* (1964) vol 31 735.

moet uit die prentjie verdwyn. As die vereistes nagekom is, verkry die derde eiendomsreg sonder dat daar op estoppel 'n beroep gedoen hoef te word.

As die uitdrukking "eiendomsverkryging deur estoppel" vermy word, wat sou dan 'n gepaste benaming vir hierdie wyse van eiendomsverkryging wees? Daar bestaan verskillende moontlikhede,[96] maar *bona fide-eiendomsverkryging*, wat reeds vroeër gebruik is, kom my geskik voor. Dit gee uitdrukking aan die kardinale vereiste vir eiendomsverkryging in hierdie geval en onderskei dit terselfdertyd van die ander wyses van eiendomsverkryging.

By 'n bestudering van die vereistes wat deur die vastelandse kodes vir *bona fide*-eiendomsverkryging gestel word, val dit op dat daar hoofsaaklik gelet word op die optrede van die derde. Hy moes die saak te goeie trou en vir waarde verkry het van die nie-eienaar ingevolge 'n oordrag wat, as die nie-eienaar wel eienaar was, sou voldoen het aan die vereistes vir 'n regsgeldige eiendomsoordrag. Daar word egter ook ten opsigte van die eienaar se optrede die vereiste gestel dat hy die besit van die saak vrywillig aan die nie-eienaar moes afgestaan het.

In teenstelling met die kodes val die klem by estoppel sterker op die eienaar se optrede. Hy moes 'n wanvoorstelling gemaak het en daar moet ook skuld aan sy kant wees. Die klem val egter nie uitsluitlik op die eienaar se gedrag nie. Daar word ook vereis dat die derde (die estoppel-opwerper) in navolging van die skyn wat verwek is tot sy nadeel moes gehandel het.

Vanweë die besondere geaardheid van estoppel as 'n verweer teen 'n eienaar se eiendomsopvordering, is dit te wagte dat daar só 'n verskil sal wees. Die vereistes van estoppel en dié wat deur die kodes gestel word, staan egter nie buite alle verband met mekaar nie. Dat daar inderdaad 'n groot ooreenkoms tussen die verskillende vereistes bestaan, sal uit die verdere bespreking duidelik word.

Aangesien die erkenning van *bona fide*-eiendomsverkryging in ons reg langs die weg van estoppel geskied, is die noodwendige uitgangspunt by die bepaling van die vereistes vir *bona fide*-eiendomsverkryging dat die vereistes vir 'n beroep op estoppel teen 'n eienaar se *rei vindicatio* basies moet geld.

Aan die ander kant is daar van die standpunt uitgegaan dat die regverdiging vir *bona fide*-eiendomsverkryging primêr geleë is in die bestendiging van die handelsverkeer. By die vasstelling van die vereistes van *bona fide*-eiendomsverkryging moet die vereistes van die handelsverkeer, veral soos dit neerslag gevind het in die vereistes wat die Europese kodes stel vir *bona fide*-eiendomsverkryging, gevolglik in aanmerking geneem word.

Die volgende is dan, na my beskeie mening, die vereistes wat gestel behoort te word vir *bona fide*-eiendomsverkryging. Die feit dat dit strenger is as die vereistes wat deur die vastelandse reg gestel word, word geregverdig deur die sterker mate van beskerming wat ons reg histories aan die eienaar bied, asook daardeur dat die vereistes van estoppel, wat as die uitgangspunt aanvaar word, op sigself strenger is as die vereistes van die kodes.

---

[96]bv eiendomsverkryging vanaf 'n nie-eienaar; eiendomsverkryging deur 'n derde wat te goeie trou is.

(a) Wanvoorstelling deur die eienaar

Dit is 'n vereiste vir 'n beroep op estoppel dat die estoppel-ontkenner 'n wanvoorstelling moes gemaak het.[97] Hy moes deur sy woorde of gedrag 'n onwaarheid verkondig het.[98]

In die geval waar estoppel dien as 'n verweer teen 'n eienaar se *rei vindicatio* sal die eienaar se wanvoorstelling daarin bestaan dat 'n ander persoon die eienaar van sy saak is, of dat hy die bevoegdheid het om die saak te vervreem. Só 'n wanvoorstelling word nie gemaak deur blote besitsoordrag van sy saak deur 'n eienaar nie.[99] Om 'n wanvoorstelling te wees, moet die voorstelling, volgens die maatstaf van die redelike man, 'n onwaarheid wees. Omdat die skeiding van die eiendomsreg en die besit van sake so algemeen voorkom, verkondig die blote besitsoordrag van 'n saak geen onwaarheid teenoor die redelike man nie.[100]

Die vastelandse kodes vereis nie 'n wanvoorstelling deur die eienaar vir die verkryging van eiendomsreg deur die *bona fide*-derde nie. Daar word slegs vereis dat die eienaar vrywillig die besit van sy saak moes afgestaan het. As die saak van die eienaar gesteel is, of hy dit verloor het, of dit andersins sonder sy wil uit sy besit geraak het, dan is *bona fide*-eiendomsverkryging nie moontlik nie.

Ek kan egter geen goeie rede vir ons reg sien om van die ingeslane weg af te wyk nie. Die behoeftes van die handelsverkeer vereis dit mi ook nie. Deur die vereiste van 'n wanvoorstelling te verwerp, sal die klem eensydig op die gedrag van die derde geplaas word. Die handelsverkeer vereis nie slegs dat daar regsekerheid sal bestaan oor wie die eienaar van 'n roerende saak is nie, maar ook dat die belange van die eienaar en die derde so vér as moontlik op 'n regverdige wyse teen mekaar afgeweeg word. Om die eienaar sy eiendomsreg te ontneem slegs omdat die derde op 'n sekere wyse ten aansien van die saak gehandel het, en sonder dat daar een of ander vereiste ten opsigte van die eienaar se gedrag gestel word, is nie in die belang van regverdigheid nie. Dit word ook nie deur die Europese regstelsels, wat 'n swakker beskerming as ons reg aan die eienaar verleen, gedoen nie.

(b) Skuld aan die kant van die eienaar

Of skuld aan die kant van die eienaar as 'n vereiste vir *bona fide*-eiendomsverkryging gestel moet word of nie, is 'n kwessie van regspolitiek wat

---

[97] *Grosvenor Motors (Potchefstroom) Ltd v Douglas* supra; *Broekman v T C D Motors* 1949 4 SA 418 (T); *Pennefather v Gokul* 1960 4 SA 42 (N); *Electrolux (Pty) Ltd v Khota* supra; *Kajee v H M Gough (Edms) Bpk* 1971 3 SA 99 (N).

[98] *Connocks (S A) Motor Co Ltd v Sentraal Westelike Ko-operatiewe Maatskappy Bpk* 1964 2 SA 47 (T).

[99] *Adams v Mocke* supra; *Morum Bros Ltd v Nepgen* supra.

[100] R Trollip het dit duidelik gestel in *Electrolux (Pty) Ltd v Khota* supra op bl 246–247 van die verslag: "To give rise to the representation of *dominium* or *jus disponendi*, the owner's conduct must be not only the entrusting of possession to the possessor but also the entrusting of it with the *indicia* of the *dominium* or *jus disponendi*. Such *indicia* may be the documents of title and/or authority to dispose of the articles . . . or such *indicia* may be the actual manner or circumstances in which the owner allows the possessor to possess the articles . . . "

deur oorwegings soos regsekerheid, die eise van die handelsverkeer en regverdigheid beïnvloed word. Daarom kan dit gebeur dat skuld op 'n bepaalde tydstip vereis word maar op 'n later stadium as 'n vereiste verval.

Die Europese kodes stel geen skuldvereiste vir *bona fide*-eiendomsverkryging nie,[101] maar in die Suid-Afrikaanse reg bestaan daar geen twyfel nie dat skuld 'n vereiste is vir 'n beroep op estoppel teen 'n *rei vindicatio*.[102] Die enigste vraag is of skuldige optrede 'n vereiste vir *bona fide*-eiendomsverkryging behoort te wees.

Vanweë die sterk Romeinsregtelike agtergrond van ons reg word inbreuk op die beskerming van 'n eienaar se eiendomsreg nie ligtelik aanvaar nie.[103] Om nie die vereiste van skuld aan die kant van die eienaar te stel nie sou 'n veel swakker beskerming van die eienaar se eiendomsreg meebring. Die vraag is egter of die behoeftes van die handelsverkeer nie vereis dat daar van die skuldvereiste afgesien word nie. In sy meerderheidsuitspraak in die *Johaadien*-saak weeg hoofregter Steyn die belange van die handelsverkeer op teen die beskerming wat ons reg aan die eienaar verleen en kom tot die volgende gevolgtrekking:[104]

> "Dit is vraaglik, sou ek meen, of dit in die algemene belang van die handelsverkeer sou wees om in ons reg die beskerming van 'n eienaar in gevalle soos die onderhawige in te kort, deur hom in die posisie te stel van 'n garant van die juistheid van inligting wat hy op navraag verstrek aan iemand wat met 'n derde 'n koop wil sluit. In twyfelagtige gevalle, waar dit juis die nodigste sou wees, sou dit aanleiding kan gee tot aarseling om enige inligting hoegenaamd te verstrek. Dit is dan ook nie betoog nie dat die klaarblyklike behoeftes van die handelsverkeer dit noodsaaklik maak om skuldlose verkrygers liewer dan skuldlose eienaars te hulp te kom."

In teenstelling hiermee meen appèlregter Rumpff in sy minderheidsuitspraak dat om te vereis dat die derde moet bewys dat die eienaar nalatig was toe hy gesê het dat die saak nie aan hom behoort nie, geheel en al indruis teen die vereistes van die moderne handelsverkeer.[105] Dit kom volgens hom daarop neer dat die voornemende koper verder moes gegaan het en voldoende bewys van die eienaar moes gevra het dat sy verklaring waar is. In hierdie saak het die eienaar van die saak egter sy eiendomsreg uitdruklik verloën en, soos appèlregter Rumpff self toegee, is elke eienaar wat dit doen, "*prima facie* onderhewig aan 'n mate van verwytbaarheid."[106]

Volgens die minderheidsuitspraak vereis die behoeftes van die handelsverkeer dus dat daar in hierdie omstandighede van die skuldvereiste afgesien word. Na my mening moet die beslissing van die meerderheid van die hof dat die behoeftes van die handelsverkeer nie vereis dat skuldlose ver-

---

[101]In *Johaadien v Stanley Porter (Paarl) (Pty) Ltd* supra op bl 405 gee hr Steyn te kenne dat die regsgrond vir die onderskeid wat die Europese kodes maak tussen vrywillige en onvrywillige besitsverlies gesoek moet word in die eienaar se geringere verantwoordelikheid vir onvrywillige besitsverlies, en dat dit wil voorkom asof hierin "'n suggestie van verwytbaarheid skuil." Daar is egter niks in die historiese ontstaan en ontwikkeling van die onderskeid wat so 'n afleiding regverdig nie.

[102]Sien n 61 hierbo.

[103]Op hierdie benadering van ons reg het ek reeds vroeër gewys.

[104]op bl 408–409 van die verslag.

[105]bl 412 van die verslag.

[106]bl 416 van die verslag.

krygers liewer as skuldlose eienaars beskerm word, egter verkies word. Indien daar 'n behoefte sou bestaan om van die skuldvereiste af te sien, is dit nog nie van só 'n omvang dat dit 'n invloed kan hê op die sterk beskerming wat ons reg tradisioneel aan 'n eienaar verleen nie.

Die moontlikheid dat dit in die toekoms in stryd met die eise van die handelsverkeer kan wees om te vereis dat die derde moet bewys dat die eienaar skuldig opgetree het, is egter nie uitgesluit nie. Op die oomblik stel ons positiewe reg nog skuld as 'n vereiste, en dit is, soos wat dit vir my voorkom, in ooreenstemming met die behoeftes van die handelsverkeer.

(c) **Die derde moes te goeie trou op die wanvoorstelling gehandel het met die bedoeling om eienaar te word**

Die vereiste dat die derde te goeie trou moes gehandel het, is die kardinale vereiste vir *bona fide*-eiendomsverkryging in die Europese regstelsels. Dit is 'n vereiste wat ook by estoppel gestel word. Spencer Bower[107] sê in sy definisie van estoppel dat die estoppel-opwerper "on the faith of such representation" sy posisie tot sy nadeel moes verander het. Dit beteken dat hy te goeie trou in die waarheid van die wanvoorstelling moes geglo het. As die derde geweet het wat die ware toedrag van sake is, kan hy nie sy toevlug tot estoppel neem nie omdat hy nie kan beweer dat hy in vertroue op die skyn sy posisie tot sy nadeel verander het nie.

Soos die vereiste hierbo geformuleer is, dui dit in die eerste plek daarop dat daar 'n kousale verband moet bestaan tussen die wanvoorstelling deur die eienaar en die optrede van die derde. 'n Kousale verband word ook by estoppel vereis.[108]

Dat dit die derde se bedoeling moet wees om die eiendomsreg van die saak te verkry, spreek eintlik vanself. As hy die saak met 'n ander doel as om eienaar te word verkry het, byvoorbeeld met die doel om dit te leen, sal hy nie kan stand hou dat hy die eienaar van die saak geword het nie as dit blyk dat die oorspronklike eienaar 'n skuldige wanvoorstelling teenoor hom gemaak het, al het die derde te goeie trou gehandel.[109]

(d) **Die derde moes waarde vir die saak gegee het**

Die behoeftes van die handelsverkeer vereis nie dat die derde beskerm word indien hy geen waarde vir die saak gegee het nie. Die rede is dat die handelsverkeer so vér as moontlik ook strewe na 'n regverdige afweging van die belange van die eienaar en die derde. As die derde benadeel sou word deur die teruggawe van die saak aan die eienaar (as hy dus waarde gegee het in ruil vir die saak) is daar goeie rede vir sy beskerming. As die derde nie benadeel sal word deur die teruggawe nie (as hy dus nie waarde vir die saak

---

[107] 4. Vgl ook bl 26.

[108] *Autolec Ltd v Du Plessis* 1965 2 SA 243 (O); *Pennefather v Gokul* supra; *Electrolux (Pty) Ltd v Khota* supra; *Trust Bank van Afrika Beperk v Van der Walt* 1961 2 SA 174 (T).

[109] Die *BW*, *BGB* en *CC* vereis almal dat daar aan die vereistes van 'n regsgeldige eiendomsoordrag voldoen moet word – d w s daar moet eensgesindheid tussen die partye bestaan dat eiendomsreg oorgaan.

gegee het nie) verval sy beskermingswaardigheid as gevolg van die eise van regverdigheid. In so 'n geval kan die eienaar dan sy saak terugvorder.

Die vereiste dat die derde waarde vir die saak moes gegee het, stem ooreen met die vereiste by estoppel dat die derde tot sy nadeel op die skyn moes gehandel het. Nadeel by estoppel is 'n wye begrip. Dit beteken nie dat die estoppel-opwerper, voordat hy met 'n beroep op estoppel kan slaag, reeds vermoënskade moes gely het nie. Indien hy skade sal ly as die verweer van estoppel nie slaag nie is dit voldoende nadeel. Indien die estoppel-opwerper geen skade sal ly as die beroep op estoppel nie slaag nie kan die eienaar sy saak vindiseer.

Die vereiste dat die derde waarde moes gegee het, beteken egter nie dat hy 'n prestasie moes gelewer het wat gelyk is aan die markwaarde van die saak nie. Al is die waarde van die derde se teenprestasie kleiner as die markwaarde van die saak behoort hy nogtans die beskerming te geniet. Of die derde se teenprestasie genoegsame waarde het, is 'n feitlike vraag wat van geval tot geval beslis sal moet word.

Indien aan al vier die vereistes voldoen word, verkry die derde die eiendomsreg van die saak. □

As man has come to realize that the supply of fish is not inexhaustible, and as undersea minerals, particularly petroleum, become important, it is no longer possible to accept the laissez-faire *regime of the past. As the value of these resources has become recognized, a great confusion of claims and agreements has arisen about the width and nature of the coastal seas and the use of international fishing grounds. The trend has been strongly toward national expansion with consequent national control of coastal fisheries, but above all toward disagreement.*

The traditional international law of fisheries was simple and widely accepted: a territorial sea of three miles width was within the national territory of the coastal state; the right of foreign vessels to innocent passage through the territorial sea did not include the right to fish except by treaty or in compliance with the laws of the coastal state. Beyond three miles lay the high seas where fishing was unrestricted.

In recent decades this system has broken down under heavy competition for scarce ocean resources. Ocean fisheries are now largely governed by two bodies of law, the numerous bilateral and regional fisheries agreements, and the treaties produced at the Law of the Sea Conference at Geneva in 1958. The 1958 Conference failed to determine the width of the territorial sea, which was its primary task, and the regional agreements often fail just when they are most needed.

Peter G Lomhoff "Dementia Piscatoria – Sanitas Malta: The International Sea Service" 1974 *Ecology Law Quarterly* 321–322.

Bantoeburgerskap en Tuislandburgerskap

F Venter

Potchefstroomse Universiteit vir CHO

SUMMARY

It seems appropriate to distinguish between *nationality* and *citizenship*. Nationality is a juridical condition which occurs at the fulfilment of the relevant requirements of the positive law. This condition brings about competences for a person and a state, as subject of the public international law, as well as relationships on the one hand between the state concerned and other subjects of public international law with the person concerned as object, and on the other hand between the state concerned and the person himself. These relationships consist, with reference to international legal intercourse, of reciprocal rights and duties with application primarily in public international law. Citizenship conversely, is, in its widest meaning a juridical condition which occurs at the fulfilment of the relevant requirements of the positive law, which condition brings about competences for a person and a state as well as a relationship between the person and the state, which relationship consists of reciprocal rights and duties with no application in public international law. The distinction between nationality and citizenship furthermore appears from the difference in competences, rights and duties which emanate from these two conditions respectively. The condition of citizenship is not dependent on the legal consequences for the occurrence of which it is itself a prerequisite. Citizenship may also have a narrower meaning. eg citizenship of a constituent part of a federal state.

Historically no distinction was drawn between Bantu and other inhabitants of the Union as regards citizenship or nationality as such, and this is still so. A sharp distinction was and is, however, drawn with regard to the competences, rights and duties for the existence of which citizenship as such is required but not sufficient.

The statutory provisions creating homeland citizenship are in various respects deficient, the most glaring deficiency being that no provision is made for citizenship of the self-governing Bantu homelands (except the Transkei). Homeland citizenship is citizenship in a narrower sense but is developing towards citizenship in the widest sense.

Bantu citizenship of the Republic is closely linked with homeland citizenship and although there are again various weaknesses in the relevant legislation, the most important attribute of homeland citizenship in this respect is that it also leads to South African nationality.

Regarding future developments, it is clear that especially extraterritorial citizenship and nationality are matters which will have to be considered with particular circumspection when independence is granted to a Bantu homeland.

1 DIE BEGRIP "BURGERSKAP"

Om redes wat aanstons duidelik sal blyk, is dit noodsaaklik om by 'n onderwerp soos hierdie 'n heldere presisering van die begrip "burgerskap" aan te bied. Suid-Afrikaanse Bantoe is statutêr Suid-Afrikaanse burgers en

word statutêr veronderstel om tegelyk burgers van die een of ander Bantoetuisland binne die Republiek te wees.

Die Suid-Afrikaanse wetgewer se begrip van burgerskap sluit klaarblyklik die volkeregtelike begrip "nasionaliteit" in, maar dit skyn teenswoordig aanvaarbaar te wees om te onderskei tussen nasionaliteit (*Staatsangehörigkeit, nationality*) en burgerskap (*Staatsbürgerschaft, citizenship*). Alfred Verdross[1] meen dat dit van groot belang is om die *volkeregtelike* begrip "nasionaliteit" van die *staatsregtelike* begrip "burgerskap" te onderskei aangesien alleen die passiewe, voortdurende *Zugehörigkeit* van 'n persoon aan 'n spesifieke staat vir die volkereg relevant is, terwyl die staatsreg ook nog kan onderskei tussen polities volberegtigde burgers van 'n moederland en diegene wat by 'n kolonie tuishoort asook tussen volberegtigde burgers van 'n land en blote onderdane soos gevangenes in daardie land. Daarby voeg hy dat diegene wat staatsregtelik blote onderdane van 'n land is, vir die doeleindes van die volkereg beskik oor daardie land se nasionaliteit en derhalwe op volkeregtelike beskerming deur hul land aanspraak kan maak.

Shigeru Oda[2] se uiteensetting strook met dié van Verdross waar hy sê: "Generally, the national who enjoys full political and civil rights, is called a citizen, as distinguished from other less favoured nationals", en "[t]his concept of citizenship is, of course, irrelevant to international law."

Ook die Suid-Afrikaanse skrywer Henry John May[3] verklaar: "The terms 'nationality' and 'national' belong to international rather than to local law. 'Nationals' of a state are persons whom such state has a right to protect, over whom it can legislate, and whom it must receive back in its territory if deported from a foreign state", en hy maak dit voorts by implikasie duidelik dat hy met "citizenship" iets soortgelyks as Verdross se *Staatsbürgerschaft* bedoel.

Ongelukkig maak alle moderne skrywers nie so 'n gerieflike kliniese onderskeid tussen nasionaliteit en burgerskap nie. JWH Verzijl, byvoorbeeld, neem kennis[4] van so 'n onderskeid wat in sommige lande se grondwette gemaak word, maar sê dat begrippe soos "nasionaliteit", "onderdaanskap" en "burgerskap" origens as sinonieme gebruik word.[5] Hyself gebruik nasionaliteit in die sin van "a personal legal relationship between an individual and a State under the latter's public law"[6] en voeg ter verduideliking by:

> "The term 'personal' is used here in the sense that it conveys the idea of the individual forming part of the personal substratum of the State, personally participating in its national public life, implying mutual rights and obligations between the State and himself in that capacity."[7]

---

[1] *Völkerrecht* 5e uitg (1964) 305–6.
[2] In *Manual of Public International Law* (1968) red Max Sorensen 427.
[3] *The South African Constitution* 3 uitg (1955) 220 vn 1.
[4] *International Law in Historical Perspective* deel V (1972) 14.
[5] Tap.
[6] aw 7.
[7] Tap.

Hierdie wydgeformuleerde omskrywing van nasionaliteit sluit burgerskap in die betekenis van Verdross en Oda in.

Ook professor Wiechers gee 'n wye definisie van burgerskap wat hy as sinoniem van nasionaliteit gebruik:[8]

> "Burgerskap beteken . . . die hoedanigheid van 'n individu deurdat hy in 'n gesagsverhouding staan tot 'n bepaalde staat in die sin dat hy aanspraak kan maak op sekere regte in en beskerming deur daardie staat en van sy kant weer trou en gehoorsaamheid aan daardie staat verskuldig is."

Dit wil dus voorkom of 'n mens sekere goeie geselskap sal verbeur, maar tog in ander gesaghebbende geselskap aanvaarbaar sal wees wanneer jy 'n terminologiese onderskeid tussen nasionaliteit en burgerskap wil tref. Aangesien nie een van die aangehaalde omskrywings egter heeltemal bevredig nie word die volgende aan die hand gedoen: *Nasionaliteit is 'n juridiese toestand*[9] *wat intree by die vervulling van die tersake positiefregtelike vereistes*[10] *welke toestand kompetensies vir 'n persoon en 'n staat,*[11] *as subjek van die volkereg,*[12] *tot gevolg het asook verhoudinge enersyds tussen die betrokke staat en ander subjekte van die volkereg met die betrokke persoon as objek en andersyds tussen die betrokke staat en persoon self, welke verhoudinge met betrekking tot die internasionale regsverkeer*[13] *bestaan uit wedersydse regte en verpligtinge met primêr volkeregtelike toepaslikheid.*[14] *Burgerskap daarenteen, is in sy wydste betekenis 'n juridiese toestand wat intree by die vervulling van die tersake positiefregtelike vereistes welke toestand kompetensies vir 'n persoon en 'n staat tot gevolg het asook 'n verhouding tussen die*

---

[8]M Wiechers *VerLoren van Themaat Staatsreg* 2 uitg (1967) 357.

[9]Die juris moet nie toelaat dat hy deur die wyse waarop die begrippe "nasionaliteit" en "burgerskap" in die algemene taalgebruik (en selfs regstegnies) aangewend word, verlei word om nie die ware juridiese aard daarvan in te sien nie. Dit wil, met alle respek, voorkom asof dit die geval kan wees by skrywers soos Verzijl a w 5, waar hy bv sê dat nasionaliteit "obviously is a *legal relationship* under public law that creates, or implies, a *legal status*" (kursivering bygevoeg) en Wiechers, waar hy in sy aangehaalde definisie sê dat burgerskap 'n "*hoedanigheid* van 'n individu" (kursivering bygevoeg) is. 'n Mens het dalk ook hier te doen met 'n terminologiese probleem in die vorm van verskillende regsbetekenisse wat geheg word aan begrippe soos "regsverhouding", "juridiese status" en "hoedanigheid". Vir terminologiese doeleindes word hier onder meer gesteun op die oortuigende regsfilosofiese begripsomskrywing deur GL Grobler in sy ongepubliseerde LLM-verhandeling (PU vir CHO), *Die Grondslag vir die Aanspreeklikheid van die Verkoper weens Gebreke in die Koopsaak* 308–16.

[10]Hierdie vereistes verskil natuurlik van staat tot staat hoewel daar dikwels ooreenkomste is. Hierdie vereistes moet ook, uit die oogpunt van die volkereg, versoenbaar wees met sekere volkeregtelike norme – Vgl Verdross a w 307–12 en Sorensen (Oda) a w 473.

[11]Hoewel dikwels gesê word dat 'n staat nie kompetensies het nie, maar *mag* of *owerheidsgesag*, word hier uitgegaan van die standpunt dat 'n staat wel in die publiekreg gesubjektiveer word en as subjek in 'n verhouding tot ander regsubjekte staan.

[12]Hiermee word geïmpliseer dat 'n entiteit wat nie 'n subjek van die volkereg is nie, nie nasionaliteit kan skep nie – m a w dat sy burgers nie sy nasionaliteit kan hê nie, juis omdat nasionaliteit 'n volkeregtelike begrip is.

[13]Hier kom juis die *internasionale* regsverkeer ter sprake omdat nasionaliteit 'n volkeregtelike begrip is.

[14]Nasionaliteit het ook, as betekenisvolle maar sekondêre uitvloeisel, staatlike (munisipale) regsbetekenis. So sal 'n persoon met Japannese nasionaliteit byvoorbeeld in Suid-Afrika in 'n ander regsposisie t a v aangeleenthede soos die verkryging van 'n werkspermit verkeer as 'n persoon met Rooi Chinese nasionaliteit. Ook in die internasionale privaatreg kan nasionaliteit 'n rol speel.

persoon en die staat, wat bestaan uit wedersydse regte en verpligtinge met geen volkeregtelike toepaslikheid nie.[15]

Daar dien op gelet te word dat hierdie omskrywing van burgerskap nie voorsiening maak vir verskynsels soos Verdross (tap) se *blossen Untertaten* en Oda (tap) se *less favoured nationals* nie. Myns insiens kan burgerskap as juridiese konsep nie vir sy bestaan afhanklik gemaak word van die regsgevolge wat intree by die totstandkoming van dié toestand nie. Met ander woorde as 'n persoon voldoen aan die algemene vereistes vir wat genoem kan word "naakte" burgerskap, verkry hy burgerskap en vloei daaruit vir hom sodanige kompetensies, regte en verpligtinge voort as waarvoor die positiewe reg voorsiening maak. As die toepaslike regsreëls egter ook ander vereistes stel vir die verkryging van verdere meegaande kompetensies, regte en verpligtinge, soos die bereiking deur die burger van 'n bepaalde ouderdom as vereiste vir die verkryging van stemreg, doen dit nie af aan die wese van so 'n persoon se burgerskap as hy nie aan die verdere vereistes voldoen nie. So kan een persoon stemreg ('n kompetensie) hê, die reg (in die eintlike betekenis van die woord) om 'n bepaalde soort identiteitsdokument te bekom en ook militêr dienspligtig wees (wat 'n verpligting is) terwyl 'n volgende persoon geen stemreg het nie, nie kan aanspraak maak op die uitreiking van 'n bepaalde soort identiteitsdokument aan hom nie en geen militêre diensplig hoef te doen nie: tog kan albei hierdie persone burgers van die Republiek wees.

Bogemelde omskrywing van burgerskap is 'n omskrywing van die begrip in sy wydste betekenis. Daar moet egter ook in gedagte gehou word dat burgerskap enger betekenisse kan hê, soos burgerskap van 'n gedeelte

---

[15]Hierdie omskrywings van nasionaliteit en burgerskap is baie wyd geformuleer. Uit hierdie formulerings moet nie afgelei word dat bedoel word dat die enigste onderskeid tussen die twee begrippe, die feit is dat die een (primêr) die volkereg en die ander die staatlike reg aangaan nie. Ewe belangrik is die feit dat die kompetensies, regte en verpligtinge wat uit die een voortvloei, verskil van dié wat uit die ander volg. Omdat hierdie kompetensies, regte en verpligtinge an aard en inhoud bepaal word deur die betrokke staat se positiewe reg, wat in tyd en ruimte kan verskil (nie universeel is nie), is dit onmoontlik om 'n algemeen-geldige lys daarvan te maak. Hoogstens kan voorbeelde daarvan wat dikwels kan voorkom ter oorweging gegee word. Voortvloeiend uit *nasionaliteit*: die *kompetensie* van 'n persoon om aanspraak te maak op sy staat se beskerming teen ander state en van 'n staat om persone beklee met sy nasionaliteit, teen ander state te beskerm;

die *reg* van 'n persoon om beskerming teen ander state van sy staat op te eis en van 'n staat om van so 'n persoon te vereis dat hy nie die staat se beskermingsoptrede sal verydel nie;

die *verpligting* van 'n persoon om hom nie teen dit wat sy staat doen om hom (die persoon) te beskerm, te verset nie en van 'n staat om so 'n persoon inderdaad te beskerm. Voortvloeiend uit *burgerskap:*

die *kompetensie* van 'n burger om aanspraak te kan maak om as burger aangedui te word op 'n identiteitsdokument aan hom uitgereik en van 'n staat om identiteitsdokumente aan sy burgers uit te reik;

die *reg* van 'n burger om van sy staat te vereis om op sy identiteitsdokument aan te dui dat hy 'n burger is en van 'n staat om van sy burger te vereis om hom in sy aansoek om 'n identiteitsdokument as burger te identifiseer;

die *verpligting* van 'n burger om hom as burger te identifiseer in sy aansoek om 'n identiteitsdokument en van 'n staat om 'n burger as sodanig op sy identiteitsdokument aan te dui.

van 'n federale staat of van ander staatsregtelike entiteite as state. Dit lyk onwaarskynlik dat sodanige enger burgerskap op sigself bestaanbaar kan wees, dit wil sê dat 'n persoon met die "enger" burgerskap nie noodwendig ook burgerskap in die wyer betekenis het nie. 'n Persoon sonder burgerskap in die wye betekenis daarvan is staatloos en dit kan moeilik ingedink word dat 'n staatlose persoon of 'n persoon met vreemde burgerskap, burgerskap van byvoorbeeld 'n onderdeel van 'n federale staat sal kan verwerf sonder om ook federale burgerskap te bekom.

Hieruit blyk die implikasie dan ook dat die aard van burgerskap in enger sin deur die betrokke staatsregtelike opset bepaal sal word, en ook dat dit eksistensieel afhanklik en vervleg sal wees met burgerskap in sy wye betekenis. Aangesien daar 'n wye verskeidenheid van moontlike staatsregtelike bedelings bestaan, is die verskeidenheid van moontlike soorte burgerskap eweneens groot. Weens die huidige staatsregtelike opset en die onderskeidinge wat ons reg tussen die verskillende bevolkingsdele tref, het ons juis in die Republiek met interessante soorte burgerskap te doen.

2 DIE GESKIEDENIS VAN SUID-AFRIKAANSE BANTOEBURGERSKAP

Burgerskap (en nasionaliteit) is begrippe wat eers laat in die Engelse staatsreg posgevat het.[16] In die lig hiervan en van die feit dat die Suider-Afrikaanse situasie tot redelik onlangs deur die Engelse staatsreg beïnvloed is, sou dit nie veel waarde hê om die historiese ontwikkeling van Bantoeburgerskap in besonderhede na te spoor soos wat dit voor Uniewording verloop het nie. Daar kan volstaan word met die volgende paar opmerkings oor die posisie voor 1910:

Voordat Britse burgerskap en nasionaliteit ontwikkel het, was een algemene reël, soos vasgelê in die welbekende *Calvin's Case* van 1608, dat alle persone wat binne die Koning se domein ("within the King's dominion") gebore is of andersins daaraan verbind is, trou (*allegiance*) aan die koning verskuldig was en dus sy onderdane (*subjects*) was.[17] Hierby is die verdere algemene reël dat inwoners van gebiede wat deur die Kroon deur sessie of anneksasie bekom is, outomaties Britse onderdane geword het indien hulle daarin berus het, van belang.[18] Die geheel van die gebied wat later die Unie uitgemaak het, is stuksgewys deur die Britse Kroon oor die verloop van

---

[16]Vgl Wiechers aw 357–60 en O Hood Phillips *Constitutional and Administrative Law* 4e uitg (1967) 405–6. Oorspronklik was daar in die Engelse reg slegs sprake van die gevolgsregtelike *allegiance* (trouverhouding) tussen onderdaan (*subject*) en koning. Hieruit het by wyse van die *Naturalization Act* van 1870, die *British Nationality and Status of Aliens Act* van 1914 en die *British Nationality Act* van 1948 Britse nasionaliteit en burgerskap ontwikkel op sodanige wyse dat *allegiance* uiteindelik feitlik irrelevant vir Britse burgerskap en nasionaliteit geword het.

[17]Vgl bv Sir Ivor Jennings en CM Young *Constitutional Laws of the Commonwealth* (1952) 136.

[18]EFW Gey van Pittius *Nationality Within the British Commonwealth of Nations* (1930) 72–5; Jennings en Young aw tap en Arthur Berriedale Keith *The Dominions as Sovereign States* (1938) 111 en 185.

amper 'n eeu òf deur sessie òf deur anneksasie verkry. Aldus the die inwoners van hierdie gebiede ingevolge bogemelde algemene reëls van die Engelse gemene reg almal gaandeweg Britse onderdane geword. Gevolglik was ook die hele Bantoebevolking van die Unie in 1910 Britse onderdane.[19]

Ná Uniewording is daar in die Unie en Republiek geen onderskeid getref tussen Bantoe en ander inwoners van Suid-Afrika wat Britse onderdaanskap, Unie- (Suid-Afrikaanse) nasionaliteit of burgerskap betref nie. So het die Wet op Britse Nasionaliteit in die Unie en Naturalisasie en Status van Vreemdelinge van 1926[20] geen sodanige onderskeid getref vir die doeleindes van die omskrywing en verkryging van Britse onderdaanskap ofte wel nasionaliteit nie, sodat Suid-Afrikaanse Bantoe se Britse onderdaanskap statutêr bevestig is; ook nie die Unie Nasionaliteit en Vlae Wet van 1927[21] het by die skepping van "Unie staatsburgerskap"[22] tussen Bantoe en ander inwoners van die Unie onderskei nie, wat meegebring het dat die Suid-Afrikaanse Bantoe ná 1927 "Uniestaatsburgers" geword het; en ook nie die Wet op Suid-Afrikaanse Burgerskap van 1949[23] het so 'n onderskeid getref by die skepping en toekenning van Suid-Afrikaanse burgerskap[24] nie, sodat Suid-Afrikaanse Bantoe ook Suid-Afrikaanse burgers geword het en dit vandag nog is.

Wat egter wel by uitstek waar is, is dat daar deurgaans onderskeid gemaak is tussen Bantoe- en ander Suid-Afrikaanse burgers ten aansien van

---

[19]Dit lyk hoogs onwaarskynlik dat enige noemenswaardige aantal Bantoe in Suid-Afrika gedurende die negentiende eeu nie ná finale Britse anneksasie van die gebied deur hulle bewoon, (ten minste stilswyend) berus het by hul nuutverworwe Britse onderdaanskap nie. Ook is dit interessant om daarop te let dat, sover vasgestel kon word, in geen geval (ook nie in die Boererepublieke nie) "vreemde" burgerskap vir Bantoe bestaan het voor Britse anneksasie nie. In moderne terminologie sou die toestand van alle Bantoe voor anneksasie dus beskryf kon word as "staatloos" of "blote onderdane".

[20]Wet 18 van 1926, waarmee bedoel is om die bepalings van die *British Nationality and Status of Aliens Act* van 1914 se gelding in die Unie bo twyfel te stel – vgl Wiechers a w 362–3.

[21]Wet 40 van 1927.

[22]Presies wat bedoel is met "staatsburgerskap" (*nationality* in die Engelse teks) in hierdie wet, is onduidelik. Blote nasionaliteit soos wat dit hierbo omskryf is, is skynbaar nie bedoel nie hoewel Uniestaatsburgerskap van Britse nasionaliteit (onderdaanskap) onderskei is – vgl ter agtergrond Wiechers a w 363–5. A 5(1) van die wet praat o m van 'n staatsburger van die Verenigde Koninkryk, wat daarop dui dat bedoel is om met "staatsburger" (van die Unie) 'n soortgelyke toestand t o v die Unie as (Britse) *national* (onderdaan/persoon met (Britse) nasionaliteit) t o v die Verenigde Koninkryk aan te dui. Gey van Pittius a w 220 vn 2 sê van die begrip soos aangewend in hierdie wet: "while . . . meaning 'citizens' in its widest sense (eg in the way 'French citizens' may be used), it does not mean 'subjects' for which the equivalent in Afrikaans is 'onderdane'". M i kan maar net gesê word dat die begrip burgerskap soos hierbo omskryf nog aan die ontwikkel was in Suid-Afrika, soos in Engeland, waar die konsep *citizenship* eers in 1948 ingevoer is – vgl Hood Phillips a w 418 – en gevolglik moeilik in kontemporêre terminologie verklaar kan word. "Nasionaliteit" en "burgerskap" was nog besig om terminologies ontworstel te word van die ou Engelse gevolgsregtelike *allegiance*-begrip.

[23]Wet 44 van 1949 wat tans nog geld.

[24]Die "Suid-Afrikaanse burgerskap" deur dié wet geskep, is 'n toestand soos dié hierbo omskryf en dus eindelik vry van die verwarrende Engelse staatsregtelike begrippe van *allegiance, nationality,* ens.

sodanige kompetensies, regte en verpligtinge wat nie uit "naakte" burgerskap voortgevloei het nie, maar vir die totstandkoming waarvan burgerskap onder meer vereis is. Voorbeelde hiervan is stemreg,[25] die reg om die Unie (Republiek) te bewoon[26] en militêre diensplig.[27] Op hierdie onderskeid word later teruggekom by die bespreking van die huidige stand van die burgerskapsreg aangaande die Bantoe.

3 TUISLANDBURGERSKAP

Met die statutêre vergestalting van die beleid van afsonderlike ontwikkeling het daar belangwekkende ontwikkelinge in die Suid-Afrikaanse burgerskapsreg plaasgevind met betrekking tot die Bantoe van die Republiek. Artikels 7 en 8 van die Transkeise Grondwet van 1963[28], die Wet op Burgerskap van Bantoetuislande van 1970[29] en regulasies van die Staatspresident uitgevaardig ingevolge artikel 11 van laasgenoemde wet[30] bevat die belangrikste bepalings aangaande Tuislandburgerskap. Die formulering van hierdie bepalings skep interessante situasies en ook enkele probleme.

Artikel 7(1) van die Transkeise Grondwet lui:

> "Daar is 'n Transkeise burgerskap, en, behoudens die bepalings van hierdie Wet, oefen elke persoon wat . . . 'n burger van die Transkei is, in die Transkei stemreg uit en geniet hy al die ander regte, voorregte en voordele en is hy onderhewig aan al die pligte, verpligtings en verantwoordelikhede van burgerskap in die Transkei wat hom ingevolge hierdie Wet verleen of opgelê word."

Artikels 2(1) en (3) van die Wet op Burgerskap van Bantoetuislande

---

[25]Vgl bv JP verLoren van Themaat "Die deelname van verskillende dele van die bevolking van die Unie aan sy staatsregtelike instellings" 1960 *THRHR* 155–63.

[26]Kyk a 29(5) van die Bantoe-administrasie Wet 38 van 1927, soos vervang deur a 4 van wet 79 van 1957, wat aan die Minister van Bantoe-administrasie en -ontwikkeling 'n diskresie tot uitsetting uit die Republiek tav Bantoeburgers wat buite die Republiek gebore is, verleen, wat nie tav Blanke burgers wat buite die Republiek gebore is, bestaan nie. Hiermee saam moet a 14(1)(e) (waarmee a 14(5) ook moontlik saamgelees moet word) van die Wet op die Reëling van die Toelating van Persone tot die Republiek 59 van 1972 gelees word. In hierdie verband moet gemeld word dat die konstruering van hierdie "reg om die Republiek te bewoon" nie as wetenskaplik onbetwisbaar aangebied word nie, aangesien dit grootliks berus op afleidings gemaak uit die algemene strekking van lg wet: vgl bv bepalings soos a 36, 40(1) en 40(4). Daarby moet ook gesê word dat dit wil voorkom of sodanige regte vir die totstandkoming waarvoor burgerskap een vereiste is, redelik skaars in die Suid-Afrikaanse reg is.

[27]A 7 van die Zuid Afrika Verdedigings Wet 13 van 1912 het die toepassing van veral die bepalings tov diensplig beperk mbt "personen die niet van Europese afkomst zijn", en a 2(1)(b) van die Verdedigingswet 44 van 1957 het, met enkele nie-tersake voorbehoude, die toepassing daarvan tav om "nie blankes" uitgesluit.

[28]Wet 48 van 1963 soos gewysig deur a 16 van wet 26 van 1970.

[29]Wet 26 van 1970.

[30]Goewermentskennisgewings R 1786 in Regulasiekoerant 1515 van 8/10/71 (Machangana – tans Gazankulu) R 1787 in Regulasiekoerant 1516 van 8/10/71 soos gewysig deur R 855 in Regulasiekoerant 1790 van 25/5/73 (Lebowa), R 1788 in Regulasiekoerant 1517 van 8/10/71 (Ciskei), R 1864 in Regulasiekoerant 1519 van 5/10/71 (Bophuthatswana), R 1865 in Regulasiekoerant 1520 van 15/10/71, soos gewysig deur R 854 in Regulasiekoerant 1790 van 25/5/73 (Venda), R 2273 in Regulasiekoerant 1545 van 17/12/71, soos gewysig deur R 853 in Regulasiekoerant 1790 van 25/5/73 (Basotho-Qwaqua), R 264 in Regulasiekoerant 1580 van 25/2/72, soos gewysig deur R 1024 in Regulasiekoerant 1640 van 16/6/72 en R 856 in Regulasiekoerant 1790 van 25/5/73 (KwaZulu).

skep in gelykluidende woorde burgerskap en die meegaande kompetensies, regte en verpligtinge ten aansien van elke gebiedsowerheidsgebied in die Republiek. Ingevolge artikel 1[31] beteken "gebiedsowerheid" 'n Bantoegebiedsowerheid, en 'n gebiedsraad ingestel deur die Wet op Bantoeowerhede 1951,[32] en ook "die Regering van 'n gebied waarvoor 'n wetgewende vergadering kragtens die Grondwet van die Bantoetuislande, 1971, ingestel is." "Gebiedsowerheidsgebied" het 'n ooreenstemmende betekenis. Artikel 2(2) bring mee dat elke Bantoepersoon in die Republiek (dit wil sê iemand wat 'n Bantoe is binne die bedoeling van die Bevolkingsregistrasiewet van 1950[33])[34] wat nie 'n burger van 'n selfregerende Bantoegebied binne die Republiek is nie, 'n burger is van òf 'n gebied waarvoor 'n wetgewende vergadering ingestel is (wat hierna gerieflikheidshalwe 'n "verantwoordelik-regeerde gebied" genoem word), òf van 'n gebiedsowerheidsgebied binne die Republiek, mits hy nie 'n verbode immigrant in die Republiek is nie.

Hierdie bepalings het meegebring dat daar tans burgerskap van die selfregerende Transkei, van die verantwoordelik-regeerde KwaZulu en Basotho-Qwaqwa en van die Swazi-gebiedsowerheidsgebied is. Voor die verkryging van selfregering was daar ook burgerskap van Bophuthatswana, die Ciskei, Lebowa, Venda en Machangana (tans Gazankulu), maar, soos later aangedui sal word, word daar weens 'n ooglopende oorsig op die oomblik geen voorsiening vir burgerskap van ander selfregerende tuislande as die Transkei gemaak nie. Al die bestaande tuislandburgerskappe is burgerskappe in die "enger" betekenis soos aan die begin beskryf, met ander woorde, burgerskappe van gebiede wat nie state is nie, maar samestellende dele van 'n staat, naamlik die Republiek. Geen Bantoetuisland is tans 'n subjek van die volkereg nie met die gevolg dat hier geen sprake is van *nasionaliteit* van 'n tuisland nie.

By die uitleg van hierdie bepalings ontstaan daar die probleem dat tuislandburgerskap geensins afhanklik gemaak word van Suid-Afrikaanse burgerskap nie. Nòg artikel 7(2) van die Transkeise Grondwet, nòg artikel 3 van die 1970-wet, wat die wyses van verkryging van tuislandburgerskap bepaal, vereis Suid-Afrikaanse burgerskap. Eweneens is daar in die bepalings aangaande die verlies van burgerskap[35] nie sprake van persone wat vreemdelinge *is* nie, maar slegs van 'n tuislandburger wat "'n onderdaan van 'n ander land *word*."[36] Soos reeds aangedui, word bepaal dat *elke* Bantoe wat in die Republiek *is*, en nie 'n *verbode immigrant* is nie, 'n burger van een van die tuislande *is*. Volgens die bepalings van artikels 13 en 14 van die Wet op die Reëling van die Toelating van Persone tot die Republiek van 1972 is 'n vreemdeling, dit wil sê iemand wat nie 'n Suid-Afrikaanse

---

[31]Soos gewysig deur a 39(1) van die Grondwet van die Bantoetuislande 21 van 1971, saamgelees met die tweede bylae van dié wet.

[32]Wet 68 van 1951, a 2(1)(c) en 7bis.

[33]Wet 30 van 1950.

[34]A 1 van wet 26 van 1970.

[35]A 4 van wet 26 van 1970 en a 8 van wet 48 van 1963, soos gewysig deur a 16 van wet 26 van 1970.

[36]Kursivering bygevoeg. In die Engelse (getekende) teks "*becomes* . . . a national of another country".

burger is nie,[37] nie noodwendig 'n "verbode persoon"[38] nie. Hieruit volg dit dat 'n nie-burger van die Republiek wat 'n Bantoe en in die Republiek is en origens voldoen aan die vereistes vir tuislandburgerskap, sodanige burger *is*. Sodoende kom dit voor of 'n burger van byvoorbeeld Botswana wat regmatiglik in die Republiek is en wat byvoorbeeld verwant is aan 'n lid van 'n inheemse Bantoebevolkingsdeel van die Republiek,[39] 'n burger van 'n tuisland moet wees! Laasgenoemde burgerskap van 'n vreemde land (Botswana) word nie uitdruklik deur die wetgewing as diskwalifikasie vir tuislandburgerskap voorgehou nie.

Hieruit vloei die verdere probleem voort dat artikel 2(4) van die 1970-wet onvoorwaardelik Suid-Afrikaanse burgerskap en nasionaliteit aan 'n tuislandburger bloot uit hoofde van sy tuislandburgerskap toeken. Dit bring mee dat gemelde Botswana-burger ook onwillekeurig 'n Suid-Afrikaanse burger word en daarby Suid-Afrikaanse nasionaliteit verkry. Hierdie gevolg word egter nie as 'n wyse van verkryging van Suid-Afrikaanse burgerskap in die Wet op Suid-Afrikaanse Burgerskap van 1949 aangedui nie.

Dit lyk ooglopend dat bogenoemde gevolge nie die bedoeling kon wees by die opstel van die tuislandwette nie. Indien die bedoeling egter anders was, is dit nie in die wette te vind nie. Dit is 'n onverkwiklike toestand wat alleen toegeskryf kan word aan onnadenkende wetsformulering.

Om nou terug te keer na die aangehaalde artikel 7(1) van die Transkeise Grondwet en die gelykluidende artikels 2(1) en (3) van die 1970-wet: Die formulering van hierdie bepalings is uniek in die Suid-Afrikaanse burgerskapswetgewing in die sin dat dit tesame met die skepping van tuislandburgerskap, melding maak van die voortvloeiende kompetensies, regte en verpligtinge asook van die meegaande kompetensie van stemreg. Die bewoording wat hiervoor gebruik word, is egter ietwat ongelukkig: Die tuislandburger geniet ook "al die ander (*sic*) regte, voorregte en voordele en is . . . onderhewig aan al die pligte, verpligtings en verantwoordelikhede van burgerskap" van die betrokke tuisland. "Voorregte", "voordele" en "verantwoordelikhede" is begrippe wat, hoewel hulle soms in (veral konstitusionele) wetgewing voorkom, nie 'n juridiese betekenis het soos wat die begrippe "regte" en "verpligtinge" het nie. By die uitleg van hierdie bepalings is 'n mens genoodsaak om die begrippe "regte, voorregte en voordele" en "pligte, verpligtings en verantwoordelikhede" in juridiese taal te vertaal met kompetensies, regte en verpligtinge indien enige betekenis daaraan gegee moet word.[40] Hoe dit ook al sy, daar is min sin daarin dat hierdie bepalings die kompetensie van stemreg meld asook die ander voortvloeiende en meegaande kompetensies, regte en verpligtinge: stemreg in die tuislande

---

[37]Wet 59 van 1972. A 1 van wet 44 van 1949, soos gewysig.

[38]"Verbode immigrant" in die tersake tuislandwette beteken, in ooreenstemming met die terminologie van die ou wet 22 van 1913, waaarskynlik dieselfde as "verbode persoon" in wet 59 van 1972.

[39]Vgl a 3(d) van wet 26 van 1970.

[40]Deur, volgens die reëls van wetsuitleg, die gewone betekenis van die woorde daaraan te gee, word geen oplossing bereik nie, aangesien niks anders as kompetensies, regte en verpligtinge uit hoofde van enige wet uit burgerskap voortvloei nie.

word elders[41] volledig statutêr gereël en daar word telkens, soos verwag kan word, burgerskap daarvoor vereis, en die ander kompetensies, regte en verpligtinge moet eweneens noodsaaklikerwys deur die positiewe reg na aard, inhoud, ontstaan, beëindiging, ensomeer gereël word.

By 'n vergelyking van die bewoordings van artikel 7(1) van die Transkeise Grondwet en artikel 2(3) van die 1970-wet val dit op dat laasgenoemde woordeliks (*mutatis mutandis*) oorgeskryf is uit 'n gedeelte van eersgenoemde. Ook dit gee aanleiding tot 'n uitlegprobleem: Volgens die Transkeise bepaling oefen *elke* Transkeise burger, behoudens die res van die bepalings van die Transkeise Grondwet stemreg uit. Artikel 27 beperk natuurlik die reg om as kieser geregistreer te word tot burgers wat bo sekere ouderdomme is. Die voorbehoudsbepaling in artikel 7(1) slaan dus (onder meer?) op die woorde "*elke persoon* wat . . . 'n burger van die Transkei is". Dieselfde kan egter nie van die gelykluidende artikel 2(3) van die 1970-wet gesê word nie want dáár word alleen die bepalings van die 1970-wet self voorbehou, en dié wet bevat niks aangaande ouderdom as kieserskwalifikasie nie. Waarskynlik is dit hier weer 'n geval van onnadenkende oorskrywing wat die absurde indruk kan skep dat 'n pasgebore burger van 'n tuisland kompetent is om te stem. Natuurlik bots artikel 2(3) met die tersake bepalings elders[42] aangaande kieserskwalifikasies in die ander tuislande. Die reëls van wetsuitleg voorsien die oplossing van die probleem deurdat artikel 2(3) aan die hand van die latere bepalings beperkend uitgelê moet word[43] maar die vraag kom by 'n mens op waarom die wetsformulering so lomp moet wees.

'n Laaste probleem wat die formulering van artikels 2 en 3 van die 1970-wet veroorsaak en wat kommentaar vra, is die vraag waar die statutêre grondslag vir burgerskap van die selfregerende Bantoetuislande (die Transkei uitgesonderd) te vinde is. Artikel 2(1) lui: "Daar is burgerskap van elke *gebiedsowerheidsgebied*". Soos reeds aangedui, sluit "gebiedsowerheidsgebied" volgens die woordomskrywing 'n gebied waarvoor 'n wetgewende vergadering ingevolge wet 21 van 1971 ingestel is in. Dit is hoogs twyfelagtig dat onder "gebied waarvoor 'n wetgewende vergadering ingestel is", ook 'n selfregerende gebied verstaan kan word. Die Grondwet van die Bantoetuislande maak 'n duidelike onderskeid tussen hierdie twee stadia van konstitusionele ontwikkeling maar belangriker, die 1970-wet onderskei ook deurgaans tussen dié begrippe, in byvoorbeeld artikels 2, 3, 4, 5, 6, 7 en 9. Die tersake gedeelte van artikel 2(2) lui:

> "Elke Bantoepersoon in die Republiek is, *indien hy nie 'n burger van 'n selfregerende Bantoegebied in die Republiek . . . is nie*, ooreenkomstig die bepalings van artikel 3 'n burger van die een of die ander gebiedsowerheidsgebied."

Artikel 3 bepaal:

> "Behoudens die bepalings van artikel 2(2), is elke persoon wat onder enige van die hierondergemelde klasse ressorteer, 'n burger van 'n bepaalde *gebiedsowerheidsgebied*, te wete –"[44]

---

[41]In die onderskeie konstitusionele proklamasies uitgereik ingevolge wet 21 van 1971.
[42]Ibid.
[43]Vgl LC Steyn *Die Uitleg van Wette* 3e uitg deur SIE van Tonder (1963) 143–4.
[44]Kursivering bygevoeg.

waarop vier "klasse" van persone, ofte wel die burgerskapskwalifikasies dan volg. Uit hierdie bepalings, gelees met die reeds-aangehaalde woordomskrywing van "gebiedsowerheidsgebied", blyk dit onomwonde dat die 1970-wet *nie* burgerskap van selfregerende tuislande reël nie. Ten aansien van die Transkei is dit nie nodig nie omdat Transkeise burgerskap deur die Transkeise Grondwet gereël word. Die ander vyf selfregerende tuislande se burgerskap word egter nie gereël deur die Grondwet van die Bantoetuislande van 1971[45] nie en ook nie deur hul onderskeie Grondwet-proklamasies[46] nie. Tog wil dit voorkom of die wetgewer (wetsopsteller?) onder die indruk verkeer dat burgerskap van al die selfregerende tuislande wel gereël word, en nogal deur die 1970-wet. So bepaal artikel 5 van dié wet byvoorbeeld dat elke burger van 'n selfregerende tuisland geregtig is op 'n burgerskapsertifikaat, artikel 6(1) bepaal dat sodanige sertifikaat aan so 'n burger uitgereik moet word, en ook ander artikels, soos 4, 7 en 9 praat van burgerskap van selfregerende tuislande. Om die kroon te span, omskryf al die proklamasies in verband met die hou van verkiesings in die selfregerende gebiede[47] die woord "kieser" as "'n persoon wat *kragtens artikel 3 van die Wet op Burgerskap van Bantoetuislande 1970 . . . 'n burger van* (die betrokke selfregerende tuisland) *is* . . ."[48] Hieruit wil dit voorkom of die Staatspresident en Uitvoerende Raad (of die opstellers van die proklamasies?) onder die indruk verkeer het dat artikel 3 voorsiening maak vir burgerskap van selfregerende tuislande. Hierdie probleem kan myns insiens nie deur die reëls van wetsuitleg opgelos word nie. Ander tersake wetgewing soos artikel 26(2) van die Grondwet van die Bantoetuislande help ook nie want daarin word bepaal dat 'n verwysing in 'n wet na 'n gebied wat kragtens 'n parlementswet 'n selfregerende gebied is, ook geag word 'n verwysing na 'n verantwoordelik-regeerde tuisland te wees. As hierdie bepaling andersom bewoord was, sou dit wel die onderhawige probleem opgelos het maar vele ander geskep het. Ek doen dus aan die hand dat die bestaan van burgerskap van selfregerende tuislande (die Transkei uitgesonderd) tans hoogs twyfelagtig is, nieteenstaande die wetgewerswaan dat dit wel bestaan, en dat die totstandbrenging van sodanige burgerskap nog gereël moet word, hetsy deur wetswysiging, hetsy deur nuwe onafhanklike wetgewing.

Opsommenderwys kan dus gesê word dat die statutêre skepping van tuislandburgerskap in verskeie opsigte gebrekkig is. Burgerskap van hierdie aard, naamlik burgerskap in enger sin, is egter nie vreemd aan die staatsreg nie. Wat dit trouens staatsregtelik meer lewensvatbaar maak, is die feit dat dit nie bedoel is om burgerskap in enger sin te bly nie maar om mettertyd burgerskap van onafhanklike state te word, hoewel daarvoor om verstaanbare redes nie in die bestaande burgerskapswetgewing voorsiening gemaak word nie. As die Bantoetuislande beskryf kan word as "state in

---

[45]Wet 21 van 1971.

[46]Uitgereik ingevolge a 2, 5 en 26 van wet 21 van 1971 en a 108 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 32 van 1961.

[47]Die woordomskrywings in Proklamasies R 150 in Regulasiekoerant 1642 van 16/6/72 (Bophuthatswana), R 194 in Regulasiekoerant 1654 van 11/8/72 (Ciskei), R 226 in Regulasiekoerant 1672 van 29/9/72 (Lebowa), R 13 in Regulasiekoerant 1733 van 26/1/73 (Venda) en R 16 in Regulasiekoerant 1735 van 26/1/73.

[48]Kursivering bygevoeg.

wording", kan tuislandburgerskap beskryf word as "enger burgerskap wat besig is om te groei tot burgerskap in sy wydste betekenis." 'n Staat kan nouliks staat wees sonder burgerskap – insgelyks is 'n staat in wording des te nader aan staatskap wanneer hy burgerskap het. As gevolg hiervan is dit belangrik dat duidelike voorsiening gemaak moet word vir burgerskap van die selfregerende tuislande en dat die ander bogemelde anomalieë en tekortkominge in die wetgewing reggestel moet word.

4 SUID-AFRIKAANSE BURGERSKAP VAN DIE BANTOE

Soos reeds gemeld, maak die Wet op Suid-Afrikaanse Burgerskap geen onderskeid tussen Bantoe en ander volksgroepe by die ontstaan van Suid-Afrikaanse burgerskap nie. Hieruit volg dit dat die kompetensies, regte en verpligtinge wat uit naakte burgerskap, dit wil sê die blote toestand van burgerskap, voortvloei, nie wesenlik vir Bantoe- en ander burgers kan verskil nie. Ten aansien van die meegaande kompetensies, regte en verpligtinge, soos die kompetensie om in 'n bepaalde soort verkiesing te stem, die reg om aanspraak te maak op 'n bepaalde soort identiteitsdokument en militêre diensplig, en waarvoor burgerskap vereis word maar nie op sigself voldoende is nie, word egter skerp onderskeid gemaak tussen burgers van verskillende rasse. Dit lyk selfs geregverdigd om te beweer dat Bantoeburgers van Suid-Afrika feitlik niks meer as naakte Suid-Afrikaanse burgerskap het nie. Hierteenoor staan skynbaar die gelykluidende artikels 2(5) en 7(4) van die 1970-wet en die Transkeise Grondwet onderskeidelik. Daarin word bepaal dat iemand wat 'n burger van 'n tuisland is nie bloot op grond van die bepalings van die onderskeie wette van enige verpligtinge onthef word of enige bestaande kompetensies en regte verbeur nie, wat by ontstentenis van hierdie wette vir die tuislandburger sou bestaan het. Hierdie bestaande kompetensies, regte en verpligtinge kan niks anders wees as dié wat voortvloei uit Suid-Afrikaanse burgerskap en dié wat daarmee saamgaan nie. Die bedoeling was dus om geen verandering in die gevolge van Suid-Afrikaanse burgerskap van Bantoe te laat plaasvind nie. Die voortvloeiende kompetensies, regte en verpligtinge van Bantoeburgers is dus onaangeroerd gelaat en die grootlikse afwesigheid van meegaande kompetensies, regte en verpligtinge vir Bantoe uit hoofde van hul Suid-Afrikaanse burgerskap is eweneens so gelaat. Hierdie meegaande kompetensies, regte en verpligtinge wat Bantoeburgers steeds ontbeer, word grootliks op 'n kleiner dog groeiende skaal deur hul tuislandburgerskap aangevul.

Die situasie is egter anders by Suid-Afrikaanse nasionaliteit. Geen terminologiese onderskeid word in die betrokke wetgewing[49] tussen Suid-Afrikaanse burgerskap en nasionaliteit getref nie. Nasionaliteit is inderdaad afhanklik van burgerskap. As burgerskap vir 'n persoon bestaan, verkeer hy outomaties in die toestand van nasionaliteit. Dit is onmoontlik om Suid-Afrikaanse nasionaliteit te hê sonder om Suid-Afrikaanse burger te wees.

---

[49]Vgl naas wet 44 van 1949 ook bv Goewermentskennisgewing R 827 in Regulasiekoerant 197 van 7/6/63, uitgereik ingevolge a 9 van wet 34 van 1955.

Maar vir die verkryging van nasionaliteit word niks meer as naakte burgerskap vereis nie. Derhalwe word geen onderskeid tussen Bantoe en ander Suid-Afrikaanse burgers vir die doeleindes van Suid-Afrikaanse nasionaliteit getref nie. Hiermee is die tuislandwetgewing in ooreenstemming.

Artikel 7(3) van die Transkeise Grondwet lui:

> "Die Republiek *beskou* nie 'n burger van die Transkei as 'n *vreemdeling* in die Republiek nie, en *beskou* hom op grond van sy burgerskap van 'n gebied wat deel van die Republiek van Suid-Afrika uitmaak, vir alle *buitelandse* doeleindes *ooreenkomstig internasionale reg* as 'n burger van die Republiek en verleen aan hom volle beskerming ingevolge die *internasionale reg*."[50]

In die eerste plek dien daarop gelet te word dat 'n Transkeise burger nie as 'n vreemdeling in die Republiek beskou word nie. 'n "Vreemdeling" is ingevolge artikel 1 van die Wet op Suid-Afrikaanse Burgerskap "iemand wat nie 'n Suid-Afrikaanse burger is nie". As die Republiek dus nie 'n Transkeise burger as vreemdeling beskou nie, word hy as Suid-Afrikaanse burger beskou. Maar nou skep die gebruik van die woorde "beskou . . . as 'n burger" die indruk, volgens die gewone betekenis daarvan, dat Transkeise burgers na regte nie Suid-Afrikaanse burgers *is* nie, maar bloot as sodanig geag of veronderstel word. Die praktiese uitwerking van die gebruik van "beskou" in plaas van "is", is nie noemenswaardig nie, maar dit beïnvloed die teoretiese situasie. Dit ontkoppel naamlik die burgerskap in enger sin (van die Transkei) van die burgerskap in wyer sin (van die Republiek). Die Transkeise burger is dus 'n burger van 'n samestellende deel (die Transkei) van 'n staat (die Republiek) sonder om 'n burger te *wees* van dié staat. Hy word bloot as sodanig *beskou*. Dit is ongerymd en behoort myns insiens reggestel te word.

Artikel 2(4) van die 1970-wet is gedeeltelik 'n oorskrywing van bogenoemde Transkeise bepaling maar tog is dit 'n wesenlike verbetering daarop. Dit lui:

> "'n Burger van 'n gebiedsowerheidsgebied word nie as 'n vreemdeling in die Republiek *beskou* nie en hy *bly*, op grond van sy burgerskap van 'n gebied wat deel uitmaak van die Republiek, vir alle doeleindes *'n burger van die Republiek* en volle beskerming ingevolge die internasionale reg word deur die Republiek aan hom verleen."

Hier word aanvanklik weer gebruik gemaak van "beskou" maar daarna word dit duidelik gestel dat die tuislandburger steeds 'n Suid-Afrikaanse burger *is* en dit bly. Hier is dus geen ontkoppeling van die burgerskap in enger en dié in die wyer sin nie wat wetenskaplik bevredigend is.

In die tweede plek moet dit duidelik wees dat die Transkeise bepaling meebring dat die Transkeise burger beskou moet word as 'n persoon met Suid-Afrikaanse *nasionaliteit*. Die woorde "burger van die Republiek" word gekwalifiseer met "vir alle *buitelandse* doeleindes ooreenkomstig internasionale reg". Hieruit blyk dit dat nasionaliteit in teenstelling met burgerskap, soos onderskeidelik aan die begin beskryf, bedoel word hoewel die begrip "burgerskap" gebruik word. Hierop is artikel 2(4) van die 1970-wet ook 'n

---

[50]Kursivering bygevoeg.

verbetering. Daarvolgens bly tuislandburgers *vir alle doeleindes* burgers van die Republiek, dit wil sê vir die doeleindes van burgerskap en nasionaliteit en geniet hulle ook volle beskerming uit hoofde van hul Suid-Afrikaanse nasionaliteit, terwyl Transkeise burgers sodanige beskerming geniet omdat hulle *beskou* word as draers van Suid-Afrikaanse nasionaliteit.

'n Laaste swakheid wat aan hierdie Transkeise sowel as aan die ooreenstemmende 1970-wet se bepalings kleef, is die bewoording wat gebruik word in verband met die beskerming wat die Republiek aan tuislandburgers uit hoofde van hul Suid-Afrikaanse nasionaliteit verleen. Daar word naamlik bepaal dat hierdie beskerming verleen word "ingevolge die internasionale reg". Onder "die internasionale reg" kan hier niks anders as die volkereg verstaan word nie. Die probleem is dat 'n staat nie beskerming aan persone wat beklee is met sy nasionaliteit verleen ingevolge die volkereg nie maar wel ingevolge sy eie positiewe reg. Die feit dat die staat aan die persoon met sy nasionaliteit beskerming verleen, impliseer 'n regsverhouding tussen twee subjekte en wel tussen die staat en die persoon. Geen individu is subjek van die volkereg nie en dus word hierdie beskermingsverhouding nie deur die volkereg nie, maar deur die betrokke staat se positiewe reg beheers. Nog erger en wel ooglopend om dieselfde redes, is dié gedeelte in die Transkeise bepaling wat meebring dat 'n Transkeise burger "ooreenkomstig internasionale reg as 'n burger van die Republiek" beskou word.

Bantoeburgerskap van die Republiek hang dus in die eerste plek nou saam met tuislandburgerskap hoewel hierdie verbintenis ten opsigte van die Transkei ietwat losser is, en ten tweede is die belangrikste eienskap van Bantoeburgerskap in hierdie opsig die feit dat dit ook aanleiding gee tot Suid-Afrikaanse nasionaliteit.

5 TOEKOMSPERSPEKTIEWE

Ten slotte moet, in die lig van die oënskynlik snelle nadering van onafhanklike staatskap vir die Transkei en ontwikkeling van die ander tuislande in dieselfde rigting, die oog op die toekoms gewerp word. Die vraag ontstaan wat die implikasies van onafhanklikheid vir burgerskap is. Hierdie vraag is relevant omdat tuislandburgerskap tans verbind is aan Suid-Afrikaanse burgerskap en nasionaliteit, en ook omdat groot getalle tuislandburgers tans, en ook ná onafhanklikwording van hul tuislande, buite dié gebiede maar binne die Republiek sal woon. Die vraag is of onafhanklikwording van 'n tuisland noodwendig verlies van Suid-Afrikaanse burgerskap en nasionaliteit vir die burgers van so 'n gebied moet beteken.

Wat nasionaliteit betref, is dit onvermydelik dat onafhanklike tuislande hul eie nasionaliteit sal moet hê aangesien nasionaliteit so eie aan volkeregtelike en staatsregtelike onafhanklikheid is. Dit beteken dat dit hoogs waarskynlik is dat burgers van 'n onafhanklike tuisland wat in die Republiek bly woon, òf hul Suid-Afrikaanse nasionaliteit sal verloor ten gunste van hul tuisland-nasionaliteit, òf dat hulle dubbele nasionaliteit sal bekom. Laasgenoemde moontlikheid lyk nie onwaarskynlik nie weens die lang verbintenis met die Republiek en vae verbintenis met hul tuisland wat sommige Bantoe het.

Die omstandighede kan ietwat meer netelig wees ten opsigte van burgerskap. Indien tuislandburgers wat in die Republiek bly woon by die onafhanklikwording van hul tuisland hul Suid-Afrikaanse burgerskap verloor, sal hul regsverhouding met die Republiek ingrypend verander. Hulle sal naamlik van burgers na vreemdelinge verander. Sou hulle egter hul Suid-Afrikaanse burgerskap behou en tegelyk ook burgerskap in die wye betekenis van hul onafhanklike tuisland verkry, dit wil sê dubbele burgerskap verwerf, kan ernstige jurisdiksieprobleme tussen die Republiek en die betrokke tuisland ontstaan. Dit sou ook byvoorbeeld nie uitgesluit wees nie dat 'n onafhanklike tuisland uit politieke of oorbevolkingsredes eenvoudig burgerskap van hul ekstra-territoriale burgers in die Republiek ontneem, wat in die Republiek probleme, waaronder staatkundige probleme nie die minste is nie, sal laat ontstaan.

Oor hierdie aangeleentheid is heelwat te sê, maar vir die huidige doeleindes moet volstaan word met die bewering dat die reëling van veral ekstra-territoriale burgerskap en van nasionaliteit, een van die belangrikste sake is wat oorweeg moet word by die onafhanklikwording van 'n Bantoetuisland. Burgerskap en nasionaliteit is wesenseienskappe van staatskap en uiters belangrik in die internasionale regsverkeer. Indien daaroor onduidelikheid bestaan of indien die reëling daarvan juridies onsuiwer is, word die hele staatsbestel asook gesonde interstaatlike verhouding in gevaar gestel.[51] □

[51]Vgl oor die algemeen, maar meer bepaald oor Transkeise burgerskap, "JFH" "A Transkeian Citizen of South African Nationality" 1963 *THRHR* 44–9.

Enkele Opmerkings Aangaande Eksperimentering op Menslike Wesens deur Medici

P C Smit

Universiteit van die Oranje-Vrystaat

I INLEIDING

Eksperimentering is vir die mediese wetenskap onontbeerlik vir vooruitgang. So was dit gewees sedert die tyd van Hippocrates en word dit van meer en meer belang in moderne tye. Vir die leek beteken eksperimente deur medici uitgevoer in die meeste gevalle "proefoperasies" op ape, bobbejane en dergelike diere. Die begrip eksperimentering hou vir die persoon wat nie self 'n natuurwetenskaplike is nie 'n romantiese bekoring in en hy dink onwillekeurig aan name soos dié van Walter Florey, Marie Curie, Louis Pasteur, Wernher von Braun, ens.

Sodra egter gepraat word van eksperimentering op menslike wesens dink die leek onwillekeurig aan name soos professor Hirt, dr Rascher, dr Joseph Mengele, Dachau, Buchenwald, *caladium seguinum,* ens[1] en neem afgryse die plek in van romantiek. Dit is dus voor-die-hand-liggend dat 'n onderwerp soos die werklike eksperimentering op mense met die grootste omsigtigheid benader moet word. Dit beteken egter nie dat sodanige eksperimentering eenvoudig van huis uit verdoem moet word nie. Eksperimentering op menslike wesens is vandag vir die mediese wetenskap van die grootste belang indien dit nie onontbeerlik geword het nie.

Allereers is dit nodig om duidelikheid te verkry oor watter soort of tipe eksperimentering die onderhawige bespreking handel. Met die begrip "eksperimentering"[2] word bedoel die bewustelike manipulasie van die pasiënt se kliniese situasie wat die pasiënt se situasie verander om sodoende inligting te bekom, of om 'n probleem op te los, of om 'n nuwe behandeling te ontwerp.[3] Mens het nie te doen met eksperimentering waar andere reeds vantevore dieselfde "eksperiment" suksesvol uitgevoer het nie.

---

[1]Vgl WL Shirer *The Rise and Fall of the Third Reich* (Londen 1962) 979–991.

[2]Soms word ook gebruik gemaak van uitdrukkings soos "terapeutiese innovasie" of "mediese innovasie", "terapeutiese proefneming" of "mediese proefneming" of "kliniese navorsing".

[3]Vgl AV Campbell *Moral Dilemmas in Medicine* (London 1972) 154; asook H Gebauer *Zur Frage der Zulässigkeit Ärtzlicher Experimente* (Wenen 1960) 31–34.

Nie alleen kan sodanige eksperimente vir die mediese wetenskap groot voordele inhou nie, maar dit kan soms groot "rampe" afweer. Die hele thalodomide-"ramp" sou moontlik nie plaasgevind het as die betrokke middel eers op 'n menslike proefkonyn uitgetoets is in plaas daarvan om hoofsaaklik met perde en soortgelyke proefkonyne tevrede te gewees het nie. 'n Eksperiment op menslike wesens sou gou die eienaardige karakter van die middel uitgewys het voordat dit oor die wêreld versprei is met die afgryslike gevolge daaraan verbonde.[4]

Hoe groot die voordele van menslike proefkonyne ook al vir die mediese wetenskap is, moet altyd in gedagte gehou word dat die gemeenskap die menslike liggaam as heilig beskou en dit amper onaantasbaar is wat die gemeenskap betref. Dit wil egter nie sê dat alle eksperimentering voor die voet deur gemeenskapsopvatting verdoem word nie. Daar word egter strenge beperkinge gestel waarbinne sodanige eksperimentering uitgevoer kan word. Die reg, wat die uiting is van die gemeenskapsopvatting, stel hierdie beperking met 'n redelike mate van duidelikheid – alhoewel dit nie heeltemal so duidelik is as wat mens dit graag sou wou sien nie.

In hoeverre laat die reg eksperimentering op menslike wesens toe? Om hierdie vraag te beantwoord moet gekyk word: (a) Hoever en onder watter voorwaardes en omstandighede die reg 'n persoon toelaat om te eksperimenteer op menslike wesens voordat sodanige persoon met 'n strafsanksie (bv tronkstraf) besoek word (m a w wanneer sal sodanige eksperimentering as 'n misdaad beskou word?); (b) hoever die reg 'n persoon toelaat om te gaan met sodanige eksperimente, voordat sodanige persoon met 'n privaatregtelike sanksie – in hierdie geval die plig om skadevergoeding te betaal – besoek word; (c) in watter gevalle of situasies die mediese navorser met 'n administratiewe sanksie besoek word deur sy professionele orde, d w s wanneer sal sodanige eksperimente as oneties aangemerk word deur die Mediese en Tandheelkundige Raad.[5]

Die mens se reg op fisiese en psigiese integriteit word deur sowel die straf- as die privaatreg streng beskerm. Skending hiervan, deur bv chirurgiese ingrepe, toediening van middels (*drugs*) ens, kan vir die dader baie ernstige regsgevolge inhou. Afhangende daarvan hoe ernstig die aantasting of skending is, kan die straf hiervoor wissel van selfs die doodstraf tot 'n geringe boete wat die strafreg betref, en 'n skadevergoedingsbedrag van R100 000,00 tot 'n nominale bedrag wat die privaatreg betref.

Skending van 'n persoon se fisiese integriteit kan 'n handeling wees wat 'n misdaad daarstel, bv aanranding of dit kan 'n handeling wees wat 'n delik daarstel wat toekenning van skadevergoeding tot gevolg het, of een en dieselfde handeling kan selfs 'n misdaad sowel as 'n delik daarstel.

---

[4]Sien Mellin and Katzenstein *The Saga of Thalidomide* (parts 1 and 2) 267 *JAMA* 1184 e v en veral 1187–1190. Sien ook DA Gordon "The unknown plaintiff" (1965) *Journal of Forensic Medicine* vol 12 no 31 166 e v en ook vol 13 no 1 27 e v.

[5]Die reëls van die mediese ordeningsreg is net soseer deel van ons reg en 'n weerspieëling van die gemeenskapopvattinge soos bv die strafreg, of die deliktereg, of die kontraktereg.

Alle handelinge wat 'n persoon se fisiese en psigiese integriteit aantas, is *prima facie* wederregtelik, welke wederregtelikheid 'n wesenlike element van 'n misdaad, asook 'n delik, is. Hierdie wederregtelike handeling kan egter, wanneer daar 'n regverdigingsgrond vir die handeling aanwesig was, "geneutraliseer" word, ofte wel regmatig word, wat beteken dat hierdie handeling wat met die eerste oogopslag 'n wederregtelike was nou inderdaad 'n volkome regmatige handeling is.[6] Dus kan 'n aantasting van 'n persoon se liggaamlike integriteit deur bv 'n eksperimentele chirurgiese ingreep volkome regmatig wees indien daar 'n regverdigingsgrond aanwesig is. Regverdigingsgronde vir eksperimentering op menslike wesens kan na my mening een of meer van die volgende wees, nl 'n statutêre voorskrif, 'n noodtoestand, saakwaarneming of toestemming.

(a) Statutêre voorskrif

Sover my kennis strek, is daar geen statutêre voorskrif wat medici magtig om eksperimente op menslike wesens uit te voer nie en kan dit buite rekening gelaat word wat moontlike regverdigingsgronde in die onderhawige situasie aanbetref.

(b) Noodtoestand

Eksperimentering kan ook in gevalle van noodtoestand geregverdig wees. Neem die volgende voorbeeld: A wat baie ernstig siek is aan die een of ander kwaal toon geen reaksie nie op die geneesmiddel wat gewoonweg in hierdie gevalle toegedien word. Nou word, met 'n oogmerk om te genees natuurlik, 'n ander middel toegedien wat geheel en al onbekend is maar wat vermoed word hierdie betrokke siektetoestand te kan genees, alhoewel dit bekend is dat hierdie middel moontlik ernstige nadelige newe-effekte kan hê. Hier heers 'n noodtoestand omdat die pasiënt gewis sal sterf vanweë die feit dat die gewone bekende middel nie die gewenste uitwerking het nie. Hierdie geval moet egter nie verwar word met die geval waar die gewone bekende middel of chirurgiese ingreep wel die normale bekende uitwerking het, maar dit nie seker is of 'n ander onbekende middel of ingreep nie moontlik 'n beter werking sal hê nie. In hierdie geval het die medikus die keuse tussen die bekende, maar moontlik nie volkome bevredigende behandeling nie aan die een kant en die onbekende, maar moontlik meer bevredigende behandeling aan die ander kant. Hier heers daar geen toestand van nood nie, want daar is 'n bekende behandeling wat wel reaksie toon. In die eerste geval hierbo geskets is daar 'n toestand van nood, want daar is geen bekende behandeling wat 'n reaksie toon nie. Die noodsituasie sal dien as 'n regverdigingsgrond vir die eksperimentele handeling, want die geneesheer staan voor twee moontlikhede, nl die gewisse dood van die pasiënt aan die een kant en sy moontlike redding aan die ander kant.[7]

---

[6]Sien JC de Wet en HL Swanepoel *Die Suid-Afrikaanse Strafreg* (2e uitgawe Durban 1960) 63 asook NJ van der Merwe en PJJ Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (2e uitgawe Pretoria 1970) 68.

[7]Sien oor noodtoestand in die algemeen De Wet en Swanepoel a w 72 e v; Van der Merwe en Olivier a w 79 e v; EM Burchell and PMA Hunt *South African Law and Procedure* vol 1 (Kaapstad 1970) 283 e v. Sien en vgl ook SA Strauss en MJ Strydom *Die Suid-Afrikaanse Geneeskundige Reg* (Pretoria 1960) 237–245.

Situasies soos hierbo geskets kom sekerlik nie so dikwels voor dat bevredigende eksperimentering moontlik is nie. Die tweede voorbeeld hierbo geskets, is na my mening dié gevalle waar eksperimentering die meeste voordele vir medici kan inhou.

(c) Saakwaarneming

Hier sal dieselfde voorbeeld wat hierbo by noodtoestand gebruik is te pas kom met dié kwalifikasie egter dat die pasiënt nie by sy volle sinne is nie omdat hy bv bewusteloos is of in 'n koma verkeer. Ook hier sal saakwaarneming 'n regverdigingsgrond wees waar die geneesheer eksperimenteel te werk gaan in 'n poging om die pasiënt se lewe te probeer red.

Saakwaarneming sal egter nie as regverdigingsgrond ter sprake kan kom nie waar die geneesheer op die bewustelose pasiënt eksperimenteer terwyl die gebruiklike behandeling of middel ewe goed gebruik kan word. Dit kan nie gesê word dat die geneesheer na die pasiënt se belange omsien waar hy hom blootstel aan risiko's wat vermy kan word nie.[8] Net soos by noodtoestand sal eksperimentering wat deur middel van saakwaarneming geregverdig is so selde voorkom dat dit nie ter sake is nie.

(d) Toestemming

Die mees algemeen voorkomende geval van eksperimentering op menslike wesens sou moontlik die volgende situasie wees: Die pasiënt ly aan 'n siektetoestand waarvoor die normale gebruiklike behandeling of middel A is. 'n Nuwe soort behandeling of middel B word nou toegepas of toegedien hoewel dit nog nie vasstaan wat die uitwerking daarvan presies op 'n menslike wese is nie. Daar word vermoed of daar bestaan die moontlikheid dat hierdie soort behandeling of middel tot groter voordeel van die pasiënt sal strek as die normale, gebruiklike behandeling of middel. Dit is egter nie seker of dit wel die geval is nie omdat daar moontlike nadelige newe-effekte kan wees waarvan medici op daardie oomblik nog nie bewus is nie – moontlik juis omdat die uitwerking van die behandeling of middel nog nooit tevore waargeneem kon word nie omdat gewerk is op blote hipoteses of omdat van eksperimente op diere gebruik gemaak is om die uitwerking daarvan te toets.

Wat sou die posisie wees indien 'n geneesheer nou van behandeling of middel B gebruik maak in plaas van die gebruiklike behandeling of middel A? Oorskadu die voordele daarvan die nadele sal geen haan seker daarna kraai nie.[9] Wat ons egter interesseer is wat die regsposisie van die geneesheer sal wees indien die nadele van behandeling of middel B die voordele daarvan oorskadu, dws wanneer B nie so goed werk soos A nie of – en dit is baie belangrik – positief 'n nadelige resultaat het op die pasiënt, welke resultaat nie sou ingetree het as van A gebruik gemaak is nie. In hierdie situasie het die

---

[8]Sien oor saakwaarneming in die algemeen De Wet en Swanepoel a w 84–85; Burchell and Hunt a w 322; Van der Merwe en Olivier a w 99–100; Strauss en Strydom a w 237–245.

[9]Sien hieronder.

geneesheer wederregtelik opgetree en stel hy hom bloot aan 'n strafregtelike vervolging weens aanranding, of selfs strafbare manslag, of selfs nog moord, afhangende van die feite van die geval.[10] Ook kan hy blootgestel wees aan 'n eis om skadevergoeding weens kontrakbreuk of weens verlies aan inkomste, of weens pyn, lyding, liggaamlike ontsiering, ens.[11]

Die onregmatigheid van hierdie daad kan egter uitgesluit, genegativeer word deur TOESTEMMING – 'n regverdigingsgrond vir 'n *prima facie* wederregtelike daad. Indien die geneesheer in die voorbeeld hierbo geskets die toestemming van die pasiënt verkry het om die eksperiment uit te voer, is daar geen wederregtelikheid of onregmatigheid nie en kan daar nie sprake wees van 'n misdaad of 'n skadevergoedingseis nie.

Die vraag is egter nou aan watter vereistes "toestemming" moet voldoen om 'n regverdigingsgrond te kan wees wat vervolgings en eise sal uitsluit? Hoever kan gegaan word met eksperimente in gevalle waar daar wel toestemming daartoe verleen is? Om hierdie belangrike vrae te beantwoord, is dit wenslik om 'n onderskeid te trek tussen toestemming as regverdigingsgrond in die strafreg en toestemming as regverdigingsgrond in die privaatreg (deliktereg).

II STRAFREG

Om te geld as regverdigingsgrond in die strafreg moet toestemming aan twee basiese vereistes voldoen: dit moet vrywillige en "ingeligte" toestemming wees en die persoon wat die toestemming gee, ook as dit namens 'n ander gegee word, bv in die geval van 'n minderjarige of kranksinnige, moet die beskikkingsbevoegdheid hê oor die belang waaroor hy sy toestemming verleen.

(a) Toestemming

Onder "ingeligte toestemming" word eenvoudig verstaan dat die persoon wat die toestemming gee, weet waartoe hy toestem. Hy moet dus ten volle besef wat die eksperiment behels waartoe hy toestem. Hy moet in staat wees om die moontlike voordele daarvan te kan opweeg teen die moontlike nadele daarvan en hy moet ook in 'n posisie verkeer om die voor- en/of nadele van die normale gebruiklike behandeling of middel te kan opweeg teen die moontlike voor- en/of nadele van die onbekende middel of behandeling. Daar word eenvoudig maar net vereis dat die betrokke persoon wat sy toestemming verleen het in 'n posisie moes verkeer het om na 'n opweging en oorweging van alle moontlike faktore 'n besluit in hierdie verband te kon maak. Dit is nie nodig dat die pasiënt geskool moet word in alle fasette van die behandeling of middel nie of elke moontlike bekende gevaar hoe nietig en onwaarskynlik ook al nie.[12] Dit is egter belangrik om daarop te let dat

---

[10]Sien Strauss en Strydom a w 344–349.
[11]*ibid* 161–162.
[12]Vgl MA Millner "The Doctor's Dilemma" 1957 *SALJ* 386 en ook bl 389 waar gesê word: "The law can take account of the doctor's dilemma by narrowing the scope of his duty of disclosure down to the bearest essentials. But the range of the patient's knowledge governs the range of his consent and if the essential issues, the pros, and the cons

mens nie kan sê dat ons met "ingeligte toestemming" te doen het waar die persoon wat die toestemming verleen het nie met alle basiese feite[13] met betrekking tot die aangeleentheid vertroud was nie. As 'n pasiënt dus sy toestemming verleen het tot 'n eksperiment terwyl hy bv nie ingelig is oor moontlike nadelige newe-effekte daarvan nie of nie verstaan waaroor die hele aangeleentheid gaan nie, sal sy toestemming nie beskou word as 'n regverdigingsgrond as dit bv kom by 'n vervolging weens aanranding nie. 'n Pasiënt wat sy toestemming verleen het tot 'n eksperiment en wat in die duister verkeer het ten tyde van toestemming aangaande die wesentlike feite daarvan is in presies dieselfde posisie, in die oë van die reg, as dié pasiënt wat geen toestemming hoegenaamd verleen het tot sodanige eksperiment nie. Toestemming moet natuurlik ook volkome vrylik geskied en is natuurlik altyd herroeplik indien nog nie met die behandeling begin is nie.[14] 'n Gedwonge of geforseerde toestemming sal nie gereken word as 'n regverdigingsgrond deur ons howe nie. Ook moet blote berusting nie as regsgeldige toestemming beskou word nie.

Laastens moet die persoon wat die toestemming gee wilsvermoënd wees, d w s sober en by sy volle sinne en ook meer as 7 jaar oud wees en sodanige stadium van ontwikkeling bereik het om te kan begryp waartoe hy toestem.[15] Die ouer of voog van die wilsonvermoënde kind kan natuurlik namens die kind toestemming verleen. Die probleem wat egter dan ontstaan is dat toestemming deur die ouers tot eksperimentering op hul kinders deur die hof as oppervoog van alle kinders geïgnoreer kan word indien die eksperiment nie nodig was om die kind se lewe te red nie.[16]

(b) **Beskikkingsbevoegdheid**

Die volgende probleem wat opgelos moet word, is enigsins moeiliker as dié wat pas bespreek is. Hoever strek die beskikkingsbevoegdheid van 'n persoon wat die strafreg aanbetref? Tot watter tipe van eksperimentering kan 'n pasiënt toestemming verleen, welke toestemming kan dien as 'n regverdigingsgrond in geval van strafvervolgings? Hier beweeg mens op baie dun ys, want wat hierdie element van toestemming aanbetref, is daar nie sekerheid onder ons regskrywers en selfs die howe nie.[17] Sommige juriste beweer dat gekyk moet word na die opvatting van die gemeenskap in hierdie verband.[18] Daar dien egter gelet te word op die feit dat regsreëls en gemeen-

---

are not before him even in the broadest terms, his consent is unreal". Hoewel die skrywer dit hier eintlik het oor toestemming wat die deliktereg betref, kan sy stelling, myns insiens ook vir die strafreg aanvaar word vir sover dit eksperimentering op menslike wesens aangaan.

[13]Dit gaan nie hier oor gewone algemeen bekende risiko's nie, maar eintlik die buitengewone en "spesiale" risiko's. Sien Millner a w 389.

[14]Sien De Wet en Swanepoel a w 83 en Burchell and Hunt a w 318.

[15]Sien De Wet en Swanepoel a w 83–84; Burchell and Hunt a w 315–319 en Strauss en Strydom a w 182 e v vir 'n uitvoerige bespreking van die vereistes waaraan toestemming moet voldoen om regsgeldig te wees.

[16]Die regsprobleme wat eksperimentering op kinders kan skep, is so legio dat dit vir die doeleindes van die onderhawige bespreking buite rekening gelaat word.

[17]Sien bv De Wet en Swanepoel a w 82; Burchell and Hunt a w 310.

[18]De Wet en Swanepoel a w 82; Strauss en Strydom a w 183.

skapsopvatting nie altyd ooreenkom nie[19] alhoewel dit, regsfilosofies gesien, moontlik die ideaal is. Wat toestemming tot handelinge met betrekking tot 'n persoon se aardse goedere betref, is daar 'n redelike mate van sekerheid, nl dat 'n persoon oor volle beskikkingsbevoegdheid beskik.[20] Die probleem *in casu* lê egter by toestemming tot handelinge wat die persoon se fisiese en psigiese integriteit raak – en selfs sy lewe. Tot watter mate is toestemming aangaande handelinge rakende 'n persoon se eie fisiese en/of psigiese integriteit of lewe 'n regverdigingsgrond in die strafreg? In kort, waartoe mag 'n pasiënt toestem sonder dat die betrokke geneesheer hom blootstel aan 'n wederregtelike handeling?[21]

Die eerste voor-die-hand-liggende uitsondering is 'n persoon se lewe. Geen mens is bevoeg om te beskik oor sy eie lewe nie (behalwe natuurlik met die uitsondering van selfmoord). Toestemming verleen aan 'n ander persoon om sy lewe te neem of om 'n handeling te verrig wat sy lewe in gevaar stel, is nie 'n grond wat wederregtelikheid uitsluit nie. Toestemming tot handelinge wat ernstige liggaamlike aantasting inhou sonder enige genesingsoogmerk en regsgeldige doel is ook geen regverdigingsgrond nie. Dit is dus duidelik dat 'n persoon nie oor die bevoegdheid beskik, in die oë van die strafreg, om sy liggaam as proefkonyn aan te bied nie in gevalle waar dit die risiko van ernstige aantasting inhou.[22]

Gewoonlik sal daar egter by die tipe eksperimentering wat hier ter sprake is 'n genesingsoogmerk aanwesig wees omdat die behandeling of middel waarmee daar ge-eksperimenteer word, gedoen word of toegedien word met die oogmerk om die persoon wat aan die een of ander aandoening ly te genees. Wanneer sal toestemming in hierdie situasie 'n regverdigingsgrond wees? Hoever strek die pasiënt se beskikkingsbevoegdheid in hierdie situasie? Indien dit deur die geneesheer voorsienbaar is of dit deur hom voorsien behoort te word dat sodanige eksperiment die pasiënt se dood kan veroorsaak (terwyl die dood normaalweg nie intree by die aanwending van die gewone, geykte behandeling of middel nie), sal die pasiënt se toestemming tot eksperimentering nie gereken word as regverdigingsgrond indien die dood wel intree nie. Mens kan selfs so ver gaan om te sê dat in enige geval waar die dood intree in gevalle van eksperimentering, hoe goed die voorsorg ook al was en hoe goed die motief van die geneesheer ook al was, die toestemming van die oorledene tot die eksperimentering die betrokke geneesheer hoegenaamd nie sal baat by enige strafregtelike vervolging nie, indien daar enigsins die moontlikheid bestaan het dat die dood nie sou ingetree het indien die normale praktyk in sodanige gevalle gevolg is nie. Myns insiens sal die posisie dieselfde wees waar daar ernstige permanente liggaamlike of geestelike letsel vir die pasiënt uit die eksperiment voortspruit en dit nie normaalweg die gevolg sou wees as die gewone praktyk in sodanige gevalle gevolg is nie. Die rede hiervoor is eenvoudig dat in boge-

---

[19]Burchell and Hunt a w 311.

[20]Sien De Wet en Swanepoel a w 82 en Burchell and Hunt a w 310.

[21]Vgl Burchell and Hunt a w 312 i v m algemene chirurgiese ingrepe, ens.

[22]De Wet en Swanepoel a w 82; Burchell and Hunt a w 312–331; AV Landsdown "Guinea Pigs of Hippocrates and the Criminal Law" 1960 *SALJ* 119. Vgl egter ook wat hieronder gesê word i v m eksperimentering op gesondes.

noemde gevalle nie gesê kan word dat daar 'n genesingsoogmerk aanwesig is nie en ook geen regsgeldige doel nie.[23] Volg daar 'n tydelike, geestelike of liggaamlike letsel of 'n permanente, maar geringe letsel op die eksperiment, behoort ons howe die pasiënt se toestemming tot sodanige eksperimentering as 'n regverdigingsgrond te aanvaar ingeval van 'n strafregtelike vervolging van die betrokke geneesheer.[24] Let egter daarop: "behoort" en nie "sal" nie. Die posisie in ons praktyk is op hierdie gebied van die strafreg nog so onseker dat geen kategoriese stellinge in hierdie verband gemaak durf word nie. Hoe dit ook al sy, dink ek tog dat die kanse goed is dat die howe in bogenoemde geval tog die toestemming van die pasiënt sal aanvaar as regverdigingsgrond omdat geen staats- of gemeenskapsbelang permanent daardeur geskaad is nie. Dit sal egter goed wees as mens net in gedagte hou dat hier op dun ys beweeg word.

As daar nie toegestem is tot eksperimentering of die toestemming nie regsgeldig is nie (bv omdat die pasiënt nie die nodige beskikkingsbevoegdheid gehad het nie) en die eksperiment is 'n volkome sukses en die direkte resultaat daarvan tot voordeel van die pasiënt strek, doen dit nog nie afbreuk aan die onregmatigheid van die arts se handeling nie. Wel sou die sukses van die eksperiment en die voordeel wat die pasiënt direk daaruit getrek het, as strafversagtende omstandigheid kon dien of as 'n faktor by die berekening van die bedrag van skadevergoeding.[25]

Daar dien net in die verbygaan daarop gewys te word dat eksperimentering op gesondes, d w s waar 'n genesingsoogmerk uit die aard van die saak afwesig is, en wat slegs geringe tydelike aantastings ten gevolg het, *moontlik* deur die persoon se toestemming geregverdig kan wees. Weer eens is die posisie nie duidelik nie.[26]

Waar 'n eksperiment uitgevoer word met die doel om 'n moontlike genesing vir 'n kwaal te vind, sal die beskikbaarheid van 'n toestemmende pasiënt wat aan dié spesifieke kwaal ly 'n probleem kan skep. Is daar egter so 'n pasiënt beskikbaar sou dit moeilik wees om 'n eksperiment op 'n gesonde te regverdig al stem hy toe en is die risiko's verbonde aan die eksperiment gering.[27]

Daar dien net kortliks op die skuldelement gewys te word. Alhoewel daar 'n wederregtelike handeling mag wees, stel dit egter nie 'n misdryf daar wat strafbaar is nie indien sodanige wederregtelike daad nie vergesel was van 'n afkeurenswaardige gesindheid nie. So 'n gesindheid kan bestaan uit opset of nalatigheid.[28] Direkte opset as skuldvorm sal by eksperimentering

---

[23]Vgl Strauss en Strydom a w 246–248 256–257 305 asook Burchell en Hunt a w 312.

[24]Vgl Strauss en Strydom a w 247.

[25]Sien SA Strauss "Bodily Injury and the Defence of Consent" 1964 *SALJ* 187.

[26]Vgl Strauss en Strydom a w 256 waar die stelling gemaak word dat wetenskaplike eksperimentering op gesondes soms geoorloof is. Alhoewel allerweë hiermee saamgestem word, moet net in gedagte gehou word dat daar geen direkte gesag hiervoor in die SA reg te vind is nie.

[27]Sien Strauss en Strydom a w 256–257.

[28]Sien oor skuld in die algemeen, De Wet en Swanepoel a w 124 e v en Burchell and Hunt a w 116 e v asook Van der Merwe en Olivier a w 102 e v wat die deliktereg betref.

normaalweg nie ter sprake kom nie. Geen geneesheer dood tog opsetlik of berokken geestelike of liggaamlike letsels opsetlik wanneer daar 'n genesingsoogmerk by hom aanwesig is nie. Wanneer hy egter die moontlikheid van dood of letsels wel voorsien het, maar hierdie moontlikheid roekeloos verontagsaam het, kan daar wel sprake van die skuldvorm opset wees.[29] Die mees moontlike vorm van skuld in die situasie onder bespreking sal egter nalatigheid wees. Dit sal die geneesheer verwyt word dat hy nie soos die redelike man, in casu 'n redelike, d w s deursnee konserwatiewe en versigtige geneesheer, opgetree het nie. Hier is die vraag nie soos hierbo, nl of hy die moontlike dood of permanente letsels voorsien het nie, maar of hy dit *behoort* te voorsien het. Hier word nie van 'n subjektiewe kriterium gebruik gemaak nie, maar van 'n objektiewe.[30] Maar waar die dood nie intree nie sal die geneesheer egter nie strafbaar wees in gevalle waar hy nalatig was nie, d w s die letsels moet voorsien het nie. Die rede hiervoor is dat daar geen misdaad, gemeenregtelik of statutêr, bestaan wat die nalatige skending van fisiese of geestelike integriteit met straf bedreig nie.

Ons kan die posisie met betrekking tot eksperimentering vir sover dit die strafreg aangaan kortliks as volg saamvat:

(1) Waar die geneesheer in die geval van eksperimentering die dood van die pasiënt voorsien het en die dood tree inderdaad in, is hy skuldig aan moord.

(2) Waar die dood nie voorsien is nie maar voorsien behoort te gewees het, is hy skuldig aan strafbare manslag.

(3) Waar daar ernstige permanente fisiese of psigiese letsels op die eksperiment volg en die moontlikheid daarvan voorsien is, is die geneesheer skuldig aan aanranding.

In bogenoemde gevalle sal die situasie geensins verander as daar wel toestemming tot eksperimentering aanwesig was nie.

(4) Waar daar geringe permanente of tydelike ernstige fisiese of psigiese letsels op die eksperiment volg en die moontlikheid daarvan voorsien was sal die pasiënt se toestemming as regverdigingsgrond dien – andersins sal dit aanranding wees.

(5) Waar geen letsels hoegenaamd op die eksperiment volg nie, maar dit sonder die pasiënt se toestemming uitgevoer is, is die geneesheer skuldig aan aanranding.

Toestemming wat die strafreg betref, moet ook nog aan die volgende vereistes beantwoord om as regverdigingsgrond te dien:

(1) Dit moet vrywillig gegee word en is steeds herroeplik;

---

[29]Die sg *dolus eventualis*. Sien De Wet en Swanepoel a w 126–128, Burchell and Hunt a w 119–132 en ook Van der Merwe en Olivier a w 107–114.

[30]Oor hierdie skuldvorm sien Burchell and Hunt a w 148–161, maar vgl ook De Wet en Swanepoel a w se siening in hierdie verband op bl 139–144. Sien ook Van der Merwe en Olivier a w 116–132 i v m hierdie skuldvorm in die deliktereg.

(2) dit moet ingeligte toestemming wees, dws die persoon moet die implikasies en die moontlike of waarskynlike gevolge daarvan ten volle besef;

(3) die persoon wat toestem moet wilsbevoeg wees.

III DELIKTEREG

In die deliktereg het mens te doen, vir sover dit die doeleindes van hierdie ondersoek betref, met die vraag wanneer 'n geneesheer hom blootstel aan skadevergoedingseise van die pasiënt waarop hy 'n eksperiment uitgevoer het.[31]

Sonder om kategoriese stellings te probeer maak of om dogmaties te raak, kan 'n mens sê dat 'n geneesheer blootgestel is aan 'n skadevergoedingseis in daardie gevalle waar hy aan strafregtelike vervolging blootgestel is met dien verstande dat nalatige aantastings wat nie dodelike gevolge het nie maar slegs ernstige en permanente letsels laat, aanleiding kan gee tot 'n skadevergoedingseis alhoewel dit nie 'n misdaad daarstel nie.[32] Daar moet egter in gedagte gehou word dat die bewyslas verskil. In gevalle van strafregtelike vervolgings moet die staat bo redelike twyfel bewys dat die geneesheer wederregtelik en skuldig opgetree het. Hierteenoor is dit vir die eiser in 'n skadevergoedingsaksie slegs nodig om op 'n oorwig van waarskynlikhede te bewys dat die geneesheer wederregtelik en skuldiglik gehandel het.[33] Tree die pasiënt se dood in, sou sy afhanklikes 'n eis om onderhoud ens teen die betrokke geneesheer hê, ongeag daarvan of die oorledene tot die aantasting toegestem het al dan nie.[34] So ook sou 'n pasiënt 'n eis om skadevergoeding hê in die geval waar daar ernstige permanente fisiese of psigiese letsels volg op die eksperiment, ongeag sy toestemming al dan nie.[35]

Hy sou kon eis vir verlies aan lewensgenietinge, verlies aan inkomste en ook nog vir pyn, lyding en ontsiering, as daar nalatigheid aanwesig was. As daar opset, in die sin dat die geneesheer die moontlikheid van die letsels voorsien het, aanwesig was, sal selfs nog onder meerdere hoofde (bv ook nog vir aanranding) skadevergoeding van die geneesheer verhaal kon word.[36]

Waar die letsels permanent is maar minder ernstig van aard as hierbo vermeld, kan die toestemming van die pasiënt moontlik as 'n regverdigings-

---

[31]Sien in die algemeen Van der Merwe en Olivier a w 79–84 (noodtoestand in die deliktereg); 85–96 (toestemming as verweersgrond in die deliktereg); 102–132 (die skuldvereiste in die deliktereg). Vgl ook RG McKerron *The Law of Delict* (7e uitg Kaapstad 1971) 74–75 en 67–74 respektiewelik mbt noodtoestand en toestemming as regverdigingsgronde in die deliktereg.

[32]Vgl hierbo n 12 en sien ook Van der Merwe en Olivier a w 196 ev.

[33]Vgl ook SA Strauss *Toestemming tot Benadeling as Verweer in die Strafreg en die Deliktereg* (proefskrif, ongepubliseer 1961) 412–426 vir 'n bespreking van die vereistes van toestemming as verweersgrond in die straf- en deliktereg.

[34]*Ibid* 428 ev. Sien ook Van der Merwe en Olivier a w 89–90 en ook 318, asook McKerron a w 70–73.

[35]*Ibid* 462 ev.

[36]Sien en vgl Van der Merwe en Olivier a w 196 ev asook Millner a w 388 ev.

grond deur ons howe beskou word, wat dan tot gevolg het dat skadevergoedingseise uitgeskakel is, en wel omdat een van die basiese elemente van 'n delik, naamlik onregmatigheid ontbreek. Weer eens kan hier nie 'n definitiewe antwoord verskaf word nie. Mens kan slegs die bewering maak dat dit die houding van die hof *behoort* te wees gesien teen huidige tendense en opvattinge.[37] Is die letsels tydelik van aard, selfs al is dit ernstig, kan mens met 'n hoë mate van sekerheid die bewering maak dat die toestemming van die pasiënt enige moontlike eise om skadevergoeding effektief sal uitsluit.[38]

Die posisie betreffende eise om skadevergoeding kan dus as volg opgesom word:

(1) Waar die dood van die pasiënt intree, is die geneesheer blootgestel aan 'n eis om skadevergoeding, al is die toestemming van die pasiënt tot die eksperiment verkry en al was die geneesheer slegs nalatig.

(2) Is die beserings van ernstige en permanente aard sal toestemming ook nie 'n eis om skadevergoeding uitsluit nie.

(3) Is die letsels permanent, maar minder ernstig van aard, is die regsposisie onseker. Na alle waarskynlikheid sal die howe egter aanvaar dat toestemming in hierdie situasie 'n skadevergoedingseis uitsluit.

(4) Is die letsels ernstig, maar tydelik van aard, sal toestemming 'n effektiewe verweer wees teen 'n eis om skadevergoeding.

Die vereistes waaraan die toestemming moet voldoen, is dieselfde as wat die geval in die strafreg is.

IV ETIESE ASPEKTE

Daar dien net kortliks ook gewys te word op die etiese sy van eksperimentering op menslike wesens. Die vraag wat hier beantwoord moet word, is die volgende: Wanneer maak 'n geneesheer hom aan onetiese gedrag skuldig in die geval van eksperimentering, dit wil sê, wanneer verrig hy 'n handeling waarvan die Mediese en Tandheelkundige Raad kennis kan, en moontlik sal, neem?

Die Mediese en Tandheelkundige Raad het in hierdie verband geen spesifieke voorskrif neergelê nie. Ingevolge artikel 45(1) van die Wet op Geneeshere, Tandartse en Aptekers 13 van 1928 soos gewysig, is die raad egter by magte om kennis te neem van enige strafgeding.[39] Die raad kan ook dissiplinêr optree teen 'n persoon indien die raad van oordeel is dat sy skuldigbevinding aan die ten laste gelegde misdryf neerkom op "onbetaamlike gedrag of skandelike gedrag of gedrag wat met die oog op daardie persoon se professie of beroep onbetaamlik of skandelik is".[40] Dieselfde beginsel is ook van toepassing op siviele gedinge.[41] Alhoewel die raad niks spesifieks in hier-

---

[37]Vgl Strauss a w 466.
[38]Sien Strauss a w 466.
[39]Sien a 47(1).
[40]Sien a 45(1).
[41]Vgl a 47(1).

die verband verbied of gebied nie, kan hy tog ingevolge die bepalings van bogenoemde wet kennis neem van eksperimente wat op hofgedinge uitgeloop het. Selfs al maak die eksperiment of die resultaat daarvan nie die voorwerp van 'n hofgeding uit nie, kan die raad nogtans kennis neem van sodanige gedrag indien dit onder die aandag van die raad gebring word by wyse van 'n klag.[42] In die "Reëls Betreffende Gedrag Waarvan Die Raad Kennis Kan Neem"[43] word dit duidelik gestel dat, alhoewel daar geen spesifieke melding daarvan in hierdie reëls is nie, die raad tog ". . . bevoeg is om ondersoek in te stel na en om te handel met enige klagte, beskuldiging of bewering wat aan hom voorgelê word".[44]

In laasgenoemde geval sal die raad die handeling, in verband met eksperimentering op menslike wesens, gewoonlik toets aan die aanvaarde etiese norme en gedrag wat volgens heersende opvattinge van 'n geneesheer verwag word.[45]

Dit is sekerlik nie nodig om te wys op die moontlike gevolge van 'n skuldigbevinding aan onetiese gedrag deur die raad nie.[46]

Interessant is dit om daarop te let dat skrywers oor die mediese etiek as sodanig in breë trekke dieselfde vereistes met betrekking tot eksperimentering op menslike wesens stel as wat in ons eie straf- en privaatreg gestel word.[47] Dit word ter oorweging gegee dat dit van huis uit onetiese gedrag is waar 'n medikus 'n eksperiment uitvoer wat nie volgens sy landsreg geoorloof is nie.

V OPSOMMEND

Hierbo is daar deurgaans gewys op die moontlike gevare wat daar verskuil lê vir die geneesheer wat besig is met eksperimentering op menslike wesens, of wat van voorneme is om met sodanige eksperimentering te begin. Daar is egter ook gewys op die, myns insiens, onomstootlike feit dat eksperimentering op menslike wesens vir die mediese wetenskap groot voordele kan inhou, dat dit noodsaaklik is vir die vooruitgang van hierdie wetenskap en dat dit soms onontbeerlik vir die medisyne kan wees om van menslike proefkonyne gebruik te maak. Andersyds kleef daar egter ietwat van 'n morele en sedelike, en moontlik ook 'n etiese, stigma daaraan. Die medikus staan eintlik tussen twee vure – aan die een kant die strenge en ongenaakbare eise van die reg (en sy professionele gedragskode) en aan die ander kant die eise van die mediese wetenskap self. Is dit enigsins moontlik om aan sowel die eise van die reg as die wetenskap te kan voldoen?

---

[42]Sien a 41(1).
[43]Nr R 1693 van 30 Oktober 1964, soos gewysig.
[44]Sien die inleiding tot hierdie reëls.
[45]Vgl Strauss en Strydom a w 54.
[46]Sien in hierdie verband 41(1).
[47]Sien bv Campbell a w 153–161; *International Symposium on Society, Medicine and Law* (H Karplus redakteur, Londen 1973) 189–199; P Ramsey *The Patient as Person* (Londen 1970) 1–58; BJ Ficarra *Surgical and Allied Malpractice* (Springfield 1968) 1003–1009; Gebauer a w 80–83. Vgl ook JH van den Berg *Medische Macht en Medische Ethiek* (Nijkerk 1 1969) 47–49.

Hierbo is reeds daarop gewys hoever die strafreg en die privaatreg, asook die professionele etiek, 'n geneesheer toelaat om te gaan met die tipe eksperimentering onder bespreking. In hoeverre dit die eise van die wetenskap sal bevredig, weet ek nie, maar ongelukkig is dit so dat die eise van die reg voorrang moet geniet bo die eise van die wetenskap. Word hierdie prioriteit nie nagevolg nie, vindiseer die reg sy eise die een of ander tyd met die allerstrengste maatreëls, soos die doodstraf, tronkstraf, boetes en verpligting om skadevergoeding te betaal.

VI RIGLYNE VIR MEDICI MET BETREKKING TOT EKSPERIMENTERING OP MENSLIKE WESENS

Watter riglyne kan aan die wetenskaplike op mediese gebied verskaf word in verband met eksperimentering op menslike wesens sodat voldoen kan word aan die eise van die reg van Suid-Afrika, maar ook voldoen kan word, al is dit dan net tot 'n sekere hoogte, aan die eise van die mediese wetenskap? Op grond van die stellings hierbo gemaak tav die Suid-Afrikaanse straf- en deliktereg en professionele etiek, asook die verskillende etiese gedragskodes in hierdie verband[48] sou die volgende riglyne neergelê kan word:[49]

A. Basiese beginsels

1 Kliniese navorsing moet geskied in ooreenstemming met die juridiese, morele en wetenskaplike beginsels wat mediese navorsing regverdig.

2 Dit moet gegrond wees op laboratorium- en diereproefnemings of ander wetenskaplike feite en die resultate wat nagestreef word, moet nie by wyse van ander metodes verkry kan word nie (bv proefnemings op diere, ens)

3 Kliniese navorsing moet onderneem word slegs deur wetenskaplik geskoolde persone en waar sodanige persone nie geregistreerde geneeshere is nie, moet dit geskied onder toesig van 'n gekwalifiseerde en geregistreerde geneesheer.

4 Kliniese navorsing kan slegs geregverdig wees as dit voorafgegaan is deur 'n sorgvuldige opweging van die belangrikheid van die doel wat nagestreef word in verhouding tot die inherente gevaar vir die subjek.

5 Alle onnodige liggaamlike en geestelike lyding en krenking moet vermy word.

6 Die navorser moet die reg van 'n individu op sy persoonlike integriteit te alle tye eerbiedig.

B. Toestemming deur subjek

1 Dit is absoluut noodsaaklik dat die subjek se toestemming verkry word voordat enigsins eksperimenteel met hom gehandel word.

2 Dit moet vrywillig gegee word sonder dat daar dwang van enige aard hoegenaamd op die subjek uitgeoefen word.

3 Toestemming is altyd herroepbaar.

---

[48]Bv Die Nurembergse Gedragskode, Die Anglikaanse Gedragskode, Die Gedragskode van die Wêreld Mediese Vereniging, Die Gedragskode van die Amerikaanse Mediese Vereniging, soos weergegee en bespreek in Ficarra a w 1006–1009.

[49]Dit moet egter beklemtoon word dat dit slegs riglyne is en dat dit nie bedoel is om die laaste woord hieroor te spreek nie.

4 Die toestemming moet ingeligte toestemming wees, d w s die subjek moet ten volle vertroud wees met die implikasies en moontlike gevolge van die voorgenome proefneming.
5 Die subjek moet wilsvermoënd wees, d w s moet in staat wees om te besef waartoe hy toestem.
6 Die toestemming behoort sover moontlik skriftelik te wees.

C. Moontlike implikasies of gevolge van proefnemings

1 Gevaar vir die subjek se lewe moet nie bestaan of hoegenaamd voorsienbaar wees deur enige geneesheer nie.
2 Gevaar vir permanente, ernstige, liggaamlike en/of geestelike letsels moet glad nie bestaan of hoegenaamd voorsienbaar wees deur enige geneesheer nie.

D. Terapeutiese proefnemings

1 Die gesondheid van die subjek is die allereerste oorweging en enige behandeling of advies wat wesentlik en blywend die liggaamlike of geestesweerstand van die subjek kan benadeel, mag slegs in sy belang geskied.
2 Die betrokke geneesheer moet besondere voorsorg aan die dag lê om te voorkom dat die subjek 'n persoonlikheidsverandering ondergaan.

E. Nie-terapeutiese proefnemings

1 Die betrokke geneesheer moet toesien dat die subjek se gesondheid so min moontlik deur die proefneming geskaad word en dat die proefneming geensins die gevaar van dood of ernstige blywende letsels inhou nie.
2 Indien die proefneming ewe goed vir terapeutiese doeleindes aangewend kan word en 'n geskikte en toestemmende subjek beskikbaar is, moet proefnemings nie op gesondes uitgevoer word nie.

F. Jeugdiges

1 Proefnemings op kinders moet sover moontlik vermy word en behoort nie uitgevoer te word op kinders onder die ouderdom van sewe jaar nie.
2 Proefnemings op kinders moet liefs nie uitgevoer word indien die moontlikheid van liggaamlike en/of geestelike letsels, hoe gering ook al, bestaan nie.
3 Die toestemming van die ouer moet verkry word en dit is wenslik dat die kind se toestemming ook verkry word in geval van proefnemings met 'n terapeutiese oogmerk en dit is essentieel dat die ouer sowel as die kind moet toestem tot nie-terapeutiese proefnemings.

G. Kontrole oor proefnemings

1 Hoewel dit allereers die betrokke geneesheer se verantwoordelikheid is om toe te sien dat proefnemings deur hom uitgevoer juridies en eties onbesproke is, deel die bevoegde owerheid in wie se hospitaal of inrigting die proefneming geskied ook daarin.
2 Dit is hoogs wenslik dat in sodanige hospitale en inrigtings 'n vorm van kontrole bestaan oor proefnemings van 'n eksperimentele aard, desgewens in die vorm van 'n navorsingskontrole-komitee.
3 Alle voorgenome proefnemings op menslike wesens moet aan sodanige komitee voorgelê word vir evaluering daarvan in die lig van A tot F hierbo.
4 Die genoemde komitee behoort saamgestel te word uit senior geneeshere wat verteenwoordigend is van alle dissiplines waarbinne proefnemings op menslike wesens gewoonlik gedoen word en hierdie persone behoort ook nie direk betrokke te wees by enige voorgenome proefneming wat ter evaluering voorgelê word nie. □

Aspects of the History of the South African Law of Damages

HJ Erasmus

University of South Africa

(*Continued*)

III THE ROMAN-DUTCH LAW

The Roman-Dutch jurists of the seventeenth and eighteenth centuries displayed a considerable lack of interest in the fundamental rules of damages.[103] They deal with the theories and controversies of their predecessors in summary fashion, if at all. For their part they contribute nothing new, and the few principles they do state, are based on medieval antecedents.

(a) Terminology, definition and division of interesse

The Latin terms *id quod interest* and *interesse* were rendered into Dutch as *schaden en interessen*,[104] similar to the French translation of the terms as *dommages et intêrêts*. This usage gave rise to confusion in the eighteenth century. Van Bynkershoek reports[105] a case in which it was contended that *interesse* in this context means interest on the amount awarded as damages. The contention was rejected by the Hooge Raad and Van Bynkershoek makes it clear that the phrase *schaden en interessen* is synonymous with *id quod interest*.[106]

The definition of *interesse* of Accursius is generally adopted. Thus Voet defines *interesse* as[107]

> "the deprivation of a benefit and the suffering of a loss through such fraud or negligence on the part of an opponent as he is held liable to make good, and as is assessed in fairness by the duty of the judge".

---

[103]Wieling *Interesse und Privatstrafe* 4.

[104]For example, Merula *Manier van Procederen* (Leiden 1741) 4 37 2 18 and 4 88 1 18; Van der Linden *Koopmans Handboek* 125; *Groot Placaat Boek* vol 8 sec 27. The phrase also appears in § 1282 of the Dutch Civil Code of 1838 (*BW*).

[105]*Obs Tum* II 1478.

[106]*ibid*: "haec omnia synonyma sunt, nec quicquam significant, nisi id quod interest". Matthaeus *De Auctionibus* 1 21 12 also emphasises that "hic id quod interest, usura non est". The confusion of the terminology was also considered by De Villiers CJ in *Sandilands v Tompkins* 1912 AD 171 177.

[107]45 1 9 (Gane's translation): "utilitas amissa et damnum acceptum adversarii dolo vel culpa tali, quam praestare tenetur, quod officio judicis ex aequitate aestimatur". Huber's definition is similar, *Heedendaegse Rechtsgeleertheyt* 3 36 2; and see Matthaeus *De Auctionibus* 1 21 12; Van Leeuwen *Censura Forensis* 1 4 15 6.

A similar definition appears in the *Aanhangsel tot het Hollandsch Rechtsgeleerd Woordenboek*:[108]

> "een gemis van voordeel, zo wel als een geleede schade, ons door arglist of zodaanige *culpa*, als de natuur van handeling toelaat, van wegens onze party overgekoomen en aangedaan, waar van de begroting staat aan het arbitrium van den Rechter, of zo veel 'er van iemand afweezend is, en zo veel als hy had kunnen profiteren".

The medieval sub-division of *interesse* plays no significant part in the Roman-Dutch law. It is mentioned by a number of jurists from the periphery of the area in which the Roman-Dutch law applied, but the principal Dutch writers do not refer to it.[109]

(b) General principles of assessment

The following general principles of assessment are stated by the Roman-Dutch jurists:

(i) By definition the liability for damages includes liability for loss of profits.

(ii) The expectation of profits must, however, have been certain to render the defendant liable for the loss.[110]

(iii) In the assessment of damages no regard should be had to the private *affectio* or sentiment of the plaintiff. The assessment should be based on a common or general standard of value.[111]

(iv) Since proof of damage is difficult, the judge should in doubtful cases adopt the course most favourable to the defendant and award low damages rather than high damages.[112] For this reason it is recommended

---

[108](Amsterdam 1773) 2e druk sv *interest* 737. On the authorship of the *Aanhangsel*, see A A Roberts "The Mystery Man of Roman-Dutch Law – LW Kramp" 1932 *SALJ* 345.

[109]The twofold division is mentioned by Perezius *Praelectiones in duodecim libros Codicis* (Amstelodami 1653) *ad C* 7 47; Gail *De Pignoribus* (Coloniae 1626) 17 n 5; Huber *Praelectiones iuris civilis* (Lipsiae 1735) 2 13 3 11 and *Hedendaegse Rechtsgeleertheyt* 3 36 11–13. The threefold division is mentioned by Damhouder *Practycke in Civile Saken* (Rotterdam 1660) *cap* 105.

[110]Voet 45 1 9: "dummodo lucri affulserit certa spes; nam si illud vel incertum nimis, vel nimis longe petitum, ejus habenda ratio non est." See also, *Aanhangsel* sv *interest* 737; Huber *Hedendaegse Rechtsgeleertheyt* 3 36 11. The South African courts have, wrongly it is submitted, interpreted the words of Voet as meaning that the defendant is liable for loss naturally arising from a breach of contract or such loss as have been in the contemplation of the parties. It is to be noted that Voet 9 2 6 states exactly the same principle in relation to the *lex Aquilia*.

[111]Voet 45 1 9: "Illud extra dubium est, in definiendo eo quod interest, neutiquam affectionis peculiaris rationem habendam esse, sed communem, ut ita dicam, affectionem oportere spectari". See also, Voet 9 2 6; *Aanhangsel* sv *interest* 738; Huber *Hedendaegse Rechtsgeleertheyt* 3 36 12.

[112]Voet 45 1 12; *Aanhangsel* sv *interest* 739, where the rule is expressed in rather colourful language: "Gemerkt nu het Interest dat men ergens in heeft ter bepaaling staat aan het arbitrium van den Rechter, en (om dat het bewys van dien meerendeels zeer zwaar te doen is) gewoonlik tot een gering summetjie gereduceerd word (*D* 46 5 11) om reede dat een Rechter in duistere zaaken altoos het minste moet volgen, en *in dubio* de gedaagdens altoos met een favorabelder oog word beschouwdt als de Eisschers . . ."

both by Voet and in the *Aanhangsel* that a penalty stipulation be included in contracts.[113]

(v) In accordance with *C* 7 47 the amount of damages should not exceed double the value of the object of the dispute as to damages. The Roman-Dutch jurists were unanimous in their acceptance of the continued validity in Holland of the rule in *C* 7 47.[114] Several examples of the practical application of the rule are recorded in the *Hollandsche Consultatien*[115] and in Van Bynkershoek's *Observationes Tumultuariae*.[116] Johannes van der Linden repeatedly stated[117] that *C* 7 47 had not been abrogated in Holland and he included the limiting rule in his draft civil code of 1807–1808.[118]

It is convenient at this stage to interpose the question whether, in view of the unanimous acceptance of *C* 7 47 in the Roman-Dutch law, the limiting rule still applies in South Africa. The rule has been considered in only one decided case[119] in which Shippard J appears to accept that the rule is still in force, but his *dicta* on *C* 7 47 are probably *obiter*.[120] The rule is occasionally mentioned in text-books and conflicting opinions are expressed.[121] The correct view seems to be that the rule has been abrogated by disuse in South Africa.[122]

(c) Non-compensatory damages

Voet defines *interesse* as compensation for *damnum*[123] which, in turn, he defines as a diminution of a person's patrimony or material estate.[124] By

---

[113]Voet 45 1 12; *Aanhangsel* sv *interest* 739: "daarom is het raadsaam, als 'er een faict word gestipuleerd of bedongen, dat 'er altoos een beding van poenaliteit by gedaan word."

[114]Voet 45 1 10; *Aanhangsel* sv *interest* 738; Huber *Heedendaegse Rechtsgeleertheyt* 3 36 15; Groenewegen *De Legibus abrogatis ad C* 7 47; Van Leeuwen *Censura Forensis* 1 4 14 3; Van Bynkershoek *Quaestiones juris privati* 2 14; Van der Keessel *Praelectiones* § 1038–1039; Matthaeus *De Auctionibus* 1 21 12.

[115](Amsterdam/Utrecht 1728) Part 4 Advice 407.

[116]III 2640 and 2819. Both these cases are also mentioned by Van Bynkershoek in his *Quaestiones juris privati* 2 14.

[117]*Koopmans Handboek* 1 14 7, and in his translation of Pothier's *Traité des obligations* (*Verhandeling van Contracten en Andere Verbintenissen* (Leiden 1804) 179 footnote).

[118]§§ 46 and 47 of the 3rd Book 1st Title 1st Section. The original published version of the *Ontwerp* has been reproduced in the series *Fontes iuris Batavi rariores* (no 1) under the title *Ontwerp Burgerlijk Wetboek* 1807/1808 (Amsterdam 1967). See further, F F X Cerutti "Het Ontwerp Burgerlijk Wetboek van Joannes van der Linden (1807)" in *Opstellen over recht en rechtsgeschiedenis aangeboden aan prof mr B H D Hermesdorf* (Deventer 1965). The adoption of the French Code in Holland represents a break with the tradition of consistent acceptance of *C* 7 47 in the Roman-Dutch law.

[119]*Denny v The South African Loan Mortgage and Mercantile Agency Co Ltd* (1883) 3 EDC 47.

[120]at 69. See H J Erasmus "'n Regshistoriese beskouing van Codex 7 47" 1968 *THRHR* 213 238.

[121]George T Morice in his translation of Van der Linden's *Institutes of Holland* 2 (Cape Town 1922) 36 is of the opinion that the rule in *C* 7 47 "appears to be still in force, although somewhat antiquated". Nathan & Schlossberg *The Law of Damages in South Africa* (Johannesburg 1930) 185 state that the rule has no "authority in South Africa", while Wessels *Contract* II § 3278 expresses the rather more cautious opinion that "it is questionable whether the South African courts ought to regard it as still of force".

[122]See H J Erasmus 1968 *THRHR* 213 237 ff.

[123]45 1 9.

[124]39 2 1: "Damnum nihil aliud est, quam patrimonii diminutio". Also Matthaeus *De Criminibus* 47 3 1 2: "deminutio quaedam patrimonii dolo aut culpa adversarii facta".

thus defining *interesse* in terms of loss suffered, by the exclusion of considerations of private *affectio* from the assessment, by the adoption of a common standard of value as the basis of assessment, and by their insistence on adequate proof of loss, the Roman-Dutch jurists underlined compensation for patrimonial loss as the primary function of an award of damages. In view of subsequent developments in South Africa, it is, however, necessary to consider whether the Roman-Dutch law permitted an award of non-compensatory damages.

It is submitted that as far as damages for breach of contract are concerned, there was in Roman-Dutch law no exception to the general rule that damages are awarded as an indemnity for loss. The reference by Voet[125] to an award of a trifling sum (*exiguam summam*) is not a reference to nominal damages.[126] As appears from *D* 46 5 11 which he cites, Voet is dealing with the problem of difficulty of proof of damages, and lays down the general rule that the judge, in case of doubt, must rather award low damages than high damages. He is not advancing the proposition that where no loss whatever is proved, a small sum of money can be awarded for a technical breach of contract.[127]

In the law of delict the principle of compensation was firmly entrenched in actions for patrimonial loss brought under the *lex Aquilia*. In origin a penal statute, the *lex Aquilia* had in Roman law by juristic interpretation and the granting of praetorian actions gradually lost its penal character and become reipersecutory.[128] In the Roman-Dutch law the Aquilian action shed all remaining penal elements and grew into a general remedy for patrimonial loss suffered as a result of the wrongful act of another.[129] Several Roman-Dutch writers emphasise that the sole aim of the Aquilian action was compensation for loss suffered.[130] Groenewegen, for example, says:[131]

> "The action under the *lex Aquilia* is not nowadays a penal one, but for damage suffered: hence he who causes damage through negligence is not liable, under modern customs, for more than the value of the actual damage done".

The essence of the action under the *lex Aquilia* being *damnum*, it follows that if the plaintiff fails to prove that he has suffered patrimonial loss, he has no cause of complaint under the *lex Aquilia* even if he proves a wrongful act.[132]

The *actio iniuriarum*, the other pillar beside the *lex Aquilia* of delictual liability in Roman and Roman-Dutch law, had in Roman law developed from a remedy for minor physical assault into a remedy for any intentional

---

[125]45 1 12, and see the statement of the same principle in the *Aanhangsel* cited above in n 112.

[126]As Kotzé JP erroneously, it is submitted, thought in *Wheeldon v Moldenhauer* 1910 EDL 97 at 101. See *Vianini Ferro-concrete Pipes (Pty) Ltd v Union Government* 1942 TPD 71 at 88 for a correct application of the principle stated by Voet.

[127]Wessels *Contract* II § 3182.

[128]Kaser *Römisches Privatrecht* I 621; Jolowicz *Historical Introduction to the Study of Roman Law* 3 by B Nicholas (Cambridge 1972) 276, 512 f.

[129]Voet 9 2 12; Vinnius *ad Inst* 4 3 9; Van der Keessel *Praelectiones* § 1589; Matthaeus *De Criminibus* 47 3 3.

[130]TW Price "Patrimonial Loss and Aquilian Liability" 1950 *THRHR* 87–105 89.

[131]*De Legibus abrogatis ad Inst* 4 3 15 (Sampson's translation).

[132]This is made abundantly clear by Voet 9 2 10.

and contumelious aggression upon the person, dignity or reputation of another.[133] An initial fixed tariff of penalties was replaced by the *actio de iniuriis aestimandis* (commonly called the *actio iniuriarum aestimatoria*) in which the quantum of the award was in each case assessed by a court of *recuperatores*.[134] In Roman law the action was a purely penal one.[135] In the Roman-Dutch law an action for honourable amends was introduced,[136] a remedy of somewhat obscure origin.[137] By a claim for *amende honorable* the plaintiff obtained reparation for his honour in the form of a public recantation of the injurious words (*palinodia* or *recantatio*) and an apology (*deprecatio*). In addition to the *amende honorable* the plaintiff was entitled to claim an *amende profitable*, an action founded upon, or analogous to, the *actio aestimatoria* of the Roman law. The *amende profitable* was a pecuniary penalty which was awarded to the poor, or sometimes to the plaintiff.[138] The action for *amende honorable et profitable* is not aimed at the recovery of patrimonial loss:[139] if an *iniuria* occasions the plaintiff any patrimonial loss, he is entitled to recover such loss with an action under the *lex Aquilia* and this action can be cumulated with the action for *amende honorable et profitable*.[140] The action for *amende honorable et profitable* was, accordingly, primarily designed to provide a remedy for the injured feelings of the plaintiff, and this was achieved by recantation, apology and the imposition of a pecuniary penalty.

IV THE COMMON LAW

Three features of the common law have exercised a decisive influence on the evolution of the South African law of damages. The first relates to the primary object of an award of damages: is it purely to compensate the plaintiff for the harm done to him, or can an award of damages be utilized to achieve other ends? The second is the role of the jury, and the third is the emergence during the nineteenth century of general principles of assessment.

(a) Non-compensatory damages

In the common law the separation of compensation and punishment was slower to develop than in the civil law. Where an exact amount of compensation was not claimed and the damages were "at large" within the discretion

---

[133]Jolowicz *Historical Introduction to the Study of Roman Law* 272 f.

[134]In accordance with the formula, "quantum pecuniam recuperatoribus bonum aequum videbitur ob eam rem condemnare".

[135]Kaser *Römisches Privatrecht* I 520; see F Schulz *Classical Roman Law* (Oxford 1951) 597 f.

[136]Voet 47 10 17; Huber *Hedendaegse Rechtsgeleertheyt* 6 10 5; Van Leeuwen *RHR* 4 37 1; De Groot *Inleiding* 3 35 1 and Schorer's note; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 16 4; Van der Keessel *Praelectiones* § 1575; Merula *Manier van Procederen* 4 37 2 9; Groenewegen *ad Inst* 4 4 10.

[137]De Villiers *The Roman and Roman-Dutch Law of Injuries* (Cape Town 1899) 177 f; B Ranchod *Foundations of the South African Law of Defamation* (Leiden 1972) 62 ff.

[138]Voet 47 10 17; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 16 4; Van Leeuwen *RHR* 4 37 1.

[139]See Van der Keessel *Praelectiones* § 1588; "Actio iniuriarum apud nos tendit ad emendationem iniuriae per recantationem, et ad poenam pecuniariam". Also see his *Dictata ad Inst* 4 4 16 and Groenewegn *ad Inst* 4 4 10.

[140]Voet 47 10 23.

of the jury, there was ample room for a punitive element in the award.[141] The damages awarded in addition to normal compensatory damages came to be variously called exemplary damages, vindictive damages or punitive damages.[142] The principle underlying the doctrine of exemplary damages was stated as follows by Scott LJ in a case of false imprisonment:[143]

> "By the common law there is no fixed measure of damages for such an interference when unjustifiable because the damages are at large, and in so far as they represent the disapproval of the law – historically of a jury – for improper interference with personal freedom they may be 'punitive' or 'exemplary', given by way of punishment of the defendant or as a deterrent example, and then are not limited to compensation for the plaintiff's loss."

The doctrine of exemplary damages made its appearance in England during the eighteenth century.[144] It was initially used to defend the liberty of the subject against arbitrary or unconstitutional interference at the hand of public officials.[145] Thereafter it was extended to other cases of tort, awards of exemplary damages being made in cases of false imprisonment,[146] seduction of a child,[147] and tresspass to land.[148] Doubts as to the scope and function of the doctrine began to be expressed at the beginning of this century,[149] and in 1964 its application was severely restricted by the House of Lords.[150] However, during the nineteenth century when the common law exerted its strongest influence on the South African law of damages, the doctrine of exemplary damages stood at its height.

The second head of non-compensatory damages which has left its mark on South African law is the award of nominal damages.[151] Nominal damages does not mean small damages; it is a technical phrase which, in the words of Lord Halsbury L C, means:[152]

> "that you have negatived anything like real damage, but that you are affirming by your nominal damages that there is an infraction of a legal right which, though it gives you no right to any real damages at all, yet gives you a right to the verdict or judgment because your legal right has been infringed".

---

[141] AI Ogus *The Law of Damages* (London 1973) 4–5.

[142] "Exemplary damages" is to be preferred: per Lord Hailsham LC in *Cassel & Co Ltd v Broome* 1972 AC 1027 1073.

[143] *Dumbell v Roberts* 1944 I All ER 326 (CA) 330.

[144] *McGregor on Damages* 13 (London 1972) 303.

[145] The earliest cases are *Huckle v Money* (1763) 2 Wils 205 and *Wilkes v Wood* (1763) Lofft 1.

[146] *Huckle v Money* (1763) 2 Wils 205.

[147] *Tullidge v Wade* (1769) 3 Wils 18.

[148] *Merest v Harvey* (1814) 5 Taunt 442.

[149] Eg HE Willis "Measure of Damages when property is wrongfully taken by a private individual" 1909 *Harv LR* 419–426.

[150] *Rookes v Barnard* 1964 AC 1129. The Court of Appeal in its remarkable decision in *Broome v Cassell & Co.* 1971 2 QB 354 refused to follow *Rookes v Barnard* and prescirbed that judges should direct juries in accordance with the law as it stood before *Rookes v Barnard.* In *Cassell & Co v Broome* 1972 AC 1027 the House of Lords rejected the strictures of the Court of Appeal and reaffirmed its decision in *Rookes v Barnard.* See McGregor 1971 *MLR* 520; Stone 1972 *MLR* 449; Hodgin and Veitch 1972 *ICLQ* 119–132.

[151] See in general, McGregor *Damages* 300–325; Ogus *Damages* 27–38.

[152] *The Mediana* 1900 AC 113 116.

An award of nominal damages may be made in the case of torts actionable *per se* and in all cases of breach of contract. In torts actionable *per se* damages are said to be "at large".[153] If the plaintiff proves actual loss, he recovers substantial damages for such loss. If he fails to prove actual loss, the court may award such substantial damages which it presumes flow from the tort. If the court considers that the plaintiff has suffered no loss, it will make an award of nominal damages. In breach of contract the courts do not, except in a few cases where damages are "at large", readily presume damage. If the plaintiff fails to show actual loss, the court may award nominal damages. The practical advantages of an award of nominal damages have been said[154] to be twofold: it may serve as a declaration of a legal right, or as a justification for an order of costs.

(b) The role of the jury

In the common law the assessment of damages was from the earliest times regarded as a factual inquiry which lay exclusively within the province of the jury. Until 1854 trial by jury was the only form of trial used in any court of common law.[155]

So long as the award of damages remained the function of the jury precise rules of quantification could not be evolved. There was little room for the operation of legal rules and until the end of the eighteenth century the courts showed little interest in the principles by which the quantum of damages is to be assessed. For hundreds of years the main concern of the English courts was the means of control over the jury's powers of assessment. Until the sixteenth century an award could be set aside by a writ of attaint,[156] a procedure by which a grand jury of twenty-four knights was summoned to "review" the verdict.[157] The procedure did not result in the development of any general rules for determining whether in a given case the award was excessive. The attaint jury was not a permanent body and it could disregard any directions given to it by the court.

During the fifteenth century the decline of attaint set in and its effectiveness was destroyed in the sixteenth century with the emergence of the rule that attaint would not lie if the award was within the amount claimed by the plaintiff.[158] The courts, following the lead of equity, now started granting

---

[153]"The expression 'at large' should be used in general to cover all cases where awards of damages may include elements for loss of reputation, injured feelings, bad or good conduct by either party, or punishment, and where in consequence no precise limit can be set in extent. It would be convenient if . . . it could be extended to include damages for pain and suffering or loss of amenity", per Lord Hailsham in *Cassell & Co v Broome* (1972) AC 1027 1073.

[154]See McGregor *Damages* 297; Ogus *Damages* 24–25.

[155]*Ward v James* 1966 1 QB 273 (CA) 290; on the jury in general see, Sir Patrick Devlin *Trial by Jury* 3d impr (London 1961) and W Forsyth *History of Trial by Jury* (New York 1878; repr 1971).

[156]George T Washington "Damages in Contract at Common Law" 1931 *LQR* 345 364–351; this instructive article is continued in 1932 *LQR* 90.

[157]The proceedings were hardly a review on the modern sense. It was rather a prosecution for perjury of the petty jurors who were severly punished if their verdict was set aside by the grand jury.

[158]See eg *Anon* (1580) Dyer 369a; *Tooley v Preston* (1587) 3 Leon 150.

new trials in the case of unjust verdicts.[159] At first the courts assumed the power to order a new trial only in cases where there had been some form of misconduct or breach of procedural rules by the jury.[160] The emergence of the rule that the verdict had to be in conformity with the evidence made ordering of a new trial possible on the ground of an erroneous assessment.[161] This rule, which became settled by the middle of the eighteenth century, was subject to an important limitation: a new trial was granted only where the plaintiff claimed an exact pecuniary loss.[162] The practical effect of this rule was in 1774 clearly stated by De Grey CJ:[163]

> "In contract the measure of damages is generally matter of account, and the damages given may be demonstrated to be right or wrong. But in torts a greater latitude is allowed to the jury: and the damages must be excessive and outrageous to require or warrant a new trial."

The new trial contributed significantly towards the development of a system of rules governing the assessment of damages. The fact that the jury was now obliged to decide the case according to the evidence meant in practice that the court was given control over the information on which the jury had to base its decision. The modern law of evidence was in effect created by the new trial and during the eighteenth century the court assumed full control over the machinery of proof.[164] The directions of the court to the jury assumed much greater weight and the judges gradually exploited their new power to exercise closer control over the assessment of an award. During the latter half of the eighteenth century and the first half of the nineteenth century the courts formulated a growing body of rules governing the assessment of damages in particular factual situations. The first comprehensive treaties on damages now appeared, an indication that the law had crystallized sufficiently for systematic treatment.[165]

(c) General Principles of Assessment

By the mid-nineteenth century the stage was set for several significant attempts at stating general principles. In 1848 Parke B in *Robinson v Harman*[166] framed the general rule that

---

[159]Washington 1931 *LQR* 345 358. In *Bright v Eynon* (1757) 1 Burr 390 394 Lord Mansfield says that litigants were driven by the strictness of the common law into courts of equity to have a new trial. "And therefore," he continues, "of late years, the Courts of Law have gone more liberally into the granting of new trials, according to the circumstances of the respective cases".

[160]Holdsworth *A History of English Law* I 225–226.

[161]E Jenks "According to the evidence" *Cambridge Legal Essays* (Cambridge 1926) 191–205.

[162]*Wilford v Berkeley* (1758) 1 Burr 609.

[163]*Sharpe v Brice* (1774) 2 Wm Black 942 943.

[164]Washington 1932 *LQR* 90–91.

[165]The first treatise on damages in English was that of Serjeant Sayer which was published in 1707. Holdsworth *HEL* XII 394 describes it as "a small book in thirty-six short chapters. It covers a good deal of ground, but the information, though clearly stated, is rather meagre. No doubt this was due to the fact that this branch of the Law was not yet very well developed". The first edition of JD Mayne's well-known treatise appeared in 1856.

[166](1848) 1 Ex 850 855.

> "where a party sustains a loss by reason of a breach of contract, he is, as far as money can do it, to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed."

This rule, which has consistently been cited with approval[167] or restated in similar language,[168] is in essence similar to the positive interest of the civil law. The common law was now on the same track as the civil law and in 1880 the fundamental object of an award of damages, both in contract and in tort, was stated in terms equivalent to the *Differenztheorie* of the civil law:[169]

> "I do not think there is any difference of opinion as to its being a general rule that, where any injury is to be compensated by damages, in settling the sum of money to be given for reparation of damages you should as nearly as possible get at that sum of money which will put the party who has been injured, or who has suffered, in the same position as he would have been in if he had not sustained the wrong for which he is now getting his compensation or reparation."

This statement, too, has been consistently cited with approval[170] or restated in similar language.[171]

A further important development was the first deliberate formulation in the common law of a general principle for remoteness in contract. In earlier cases such as *Black v Baxendale*[172] and *Waters v Towers*[173] limitation of the extent of the liability had in effect been found in physical causation. In 1854 in the well-known judgement in *Hadley v Baxendale*[174] the limiting factor was sought in foreseeability. Alderson B framed[175] the rule (or rules)[176] that in breach of contract the defendant is liable for the losses either arising naturally from the breach or such losses as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of the parties at the time they made the

---

[167]Most recently in *Koufos v Czarnikow* (1969) 1 AC 350 414 and 420.

[168]In the decision cited in the previous note and in *Wertheim v Chicoutimi Pulp Co* 1911 AC 301 (PC) 307; *Monarch SS v Karlshamms Oljefabriker* (1949) AC 196 200.

[169]*Livingstone v Rawyards Coal Co* (1880) 5 App Cas 25 39. In so far as it applies to tort this is in English law termed the *restitutio in integrum* doctrine (see eg *Liesbosch Dredger v Edison SS* 1933 AC 449 459).

[170]E g in *Banco de Portugal v Waterlow* 1932 AC 452 at 474; *British Transport Commission v Gourley* 1956 AC 185 197.

[171]Notably by Asquith LJ in *Victoria Laundry v Newman* (1949) 2 KB 528 539: "It is well settled that the governing purpose of damages is to put the party whose rights have been violated in the same position, as far as money can do so, as if his rights had been observed."

[172](1847) 1 Ex 410.

[173](1853) 8 Ex 401.

[174](1854) 9 Ex 341.

[175]354–355.

[176]There has been much dispute as to whether the judgement established one, two or three rules. Up to and including the tenth edition of *Mayne on Damages* three rules were distinguished. Lord Esher MR in *Hammond & Co v Bussey* (1888) 20 QBD 79 88–89 distinguished two rules. Crompton J in *Smeed v Foord* (1859) 1 E & E 602 616 held the view that a single rule is stated in the judgement. Wessels *Contract II* §§ 3253 ff. distinguishes no less than four rules. The controversy is today of little significance in view of the restatement of the rule in *Victoria Laundry v Newman* (1949) 2 KB 528 and *Koufos v Czarnikow* (1969) 1 AC 465.

contract. These views were not based on precedent and it is noticeable that on the principal point Alderson B cites no earlier judgment. The main source of these views was Pothier whose influence during the nineteenth century extended far beyond the borders of his native France.[177] The very high regard in which he was held in England is perhaps best illustrated in the remark of Best CJ that "the authority of Pothier is as high as can be had next to the decision of a court of justice in this country".[178] The decision in *Hadley v Baxendale* is one of the most striking examples of the penetration of Pothier's influence into the common law during the nineteenth century.[179]

V THE FOUNDATIONS OF THE SOUTH AFRICAN LAW OF DAMAGES

When the Cape came under British rule in 1806 the Roman-Dutch law was retained as the common law.[180] From the Cape the Roman-Dutch law was taken over by Natal, the Orange Free State and Transvaal.[181] Despite the retention of the Roman-Dutch law, the existing judicial machinery and procedural institutions were reshaped along English lines. Supreme courts of professional judges were established;[182] the English law of evidence was taken over[183] and rules of court based on English rules were framed.[184]

---

[177]CK Allen "Precedent and Logic" 1925 *LQR* 329 330. The early availability of Pothier's treatises in translation undoubtedly facilitated the spread of his influence. The following were available in English translation in the nineteenth century: *Obligations* by WD Evans (Philadelphia 1802); *Sale* by LS Cushing (Boston 1839); *Partnership* by OD Tudor (Philadelphia 1850).

[178]*Cox v Troy* (1822) 5 B & Ald 474 481.

[179]Other examples include MD Chalmers in the introduction to the first edition of his *Sale of Goods Act 1893* which appeared in 1894: "I have also made frequent reference to Pothier's *Traité du contrat de Vente*. Although published more than a century ago – for Pothier died in 1772 – it is still, probably, the best reasoned treatise on the Law of Sale that has seen the light of day." See also, Lord Blackburn in *M'Lean v Clydesdale Bank* (1883) 9 App Cas 95 at 105, and in *Dalton v Angus* (1881) 6 App Cas 740 820.

[180]This was affirmed by the Fist and Second Charters of Justice of 1827 and 1832. The Roman-Dutch law was brought to South Africa by the Dutch settlers, the first of whom arrived in 1652. For a discussion of the administration of justice from 1652 to 1806 when the Cape stood under the aegis of the Dutch East India Company, see GG Visagie *Regspleging en Reg aan die Kaap van 1652–1806* (Kaapstad 1969) 40 ff.

[181]Natal Ord 12 of 1845; the Grondwet of 1854 of the Orange Free State; the Thirty-three Articles of 1846 confirmed by the Transvaal Volksraad in 1849.

[182]An historical survey of the administration of justice in the various territories to 1910 to be found Hahlo & Kahn *The Union of South Africa* (London 1960) 200–248, and in *The South African Legal System* 566–578 by the same authors.

[183]Cape Ord 72 of 1830 (Evidence); Natal Law 17 of 1859; in the Orange Free State the English law of evidence was taken over indirectly by the adoption of the Cape Evidence Ord 72 of 1830 (Proc 6 of 1856). In the Transvaal the English law of evidence was never formally adopted but "at least in the superior courts the English rules seem to have applied in practice" (Hoffmann *Law of Evidence* 2 (Durban 1970) 8).

[184]The Cape rules were promulgated on 4 September 1829. The Orange Free State rules of criminal and civil procedure were based on the Cape rules (Ord 3 of 1856 and the rules framed thereunder). The rules of the Transvaal High Court were based on the Cape model (Transvaal Proc of August 9 1881, replaced successively by Proc of August 29 1887 and *GN* 231 of 1899).

In addition, for a period of about seventy-five years, from 1852 to 1927, civil trial by jury was possible in all the territories of southern Africa except in the Orange Free State.[185] The unification of the four territories in 1910 and the establishment of the Republic of South Africa in 1961 did not alter the essentially English character of the judicial system.

(a) The influence of the judicial and procedural framework

The superimposition upon the Roman-Dutch law of a judicial and procedural framework of unmistakeably English character has had a profound influence on the evolution of the South African law of damages. The following description[186] of the influence of English law on South African law by way of a "kind of osmosis", is particularly apposite to the law of damages:

> "The early legal training of so many of the judges and advocates, the ease of reading English, the detailed reports of English decisions, the ready access to and growing improvement of textbooks on English law,[187] the familiarity of the profession with the English legal structure, the nature and significance of the various courts and the reputations of the judges, and, last but not least, the influence of the Privy Council, final court of appeal: all these factors encouraged the use of English legal rules as persuasive material where the Roman-Dutch books were silent, vague or contradictory."

English practice and pleading in claims for damages inevitably led to the introduction of the terminology of the English law of damages which, in turn, opened the door for the entry of the substantive law.[188] Already in the

---

[185]The civil jury was first introduced in Natal by Ord 7 of 1852 which empowered either party to request a jury trial in disputes involving not less than £15; the limit being raised to £50 by the Supreme Court Act 39 of 1896. In the Cape the civil jury was introduced with the coming of representative government in 1854 (Cape Act 7 of 1854, no short title). After 1874 the jury sat only when requested by either party (Cape Act 30 of 1874, (Trial by Jury in Civil Cases)), and in 1891 the right to claim a jury was limited to suits involving more than £100 (Cape Act 23 of 1891 (Jury Trials Civil Cases)). In the Transvaal provision was made by Law 3 of 1883 for the parties to a civil suit to claim a jury. When the first application for a civil trial by jury was made nine years later, the rules for the "due summoning and constitution" of the jury had not yet been framed (*Marx v Hess* (1894) 1 OR 90). Civil juries were abolished in the Transvaal in 1902 and in the Cape and Natal in 1927 (Administration of Justice (Further Amendment) Act 11 of 1927). The civil jury was a failure; its awards of damages were charactized by caprice, prejudice and bias: see Melius de Villiers "Trial by Jury in Civil Cases" 1918 *SALJ* 393; Sir Henry Juta *The Conduct of Trial Cases* (Cape Town 1919) chapter IV; AvdS Centlivres 1956 *Butterworths SA Law Review* 15.

[186]Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 578. There is a vigorous protest against this tendency by Cloete J in *Muller Brothers v Kemp* (1858) 3 Searle 142 148.

[187]Reference is made to the treatises of Sedgewick and Mayne on damages in, for example, *Walkden v Natal Government Railways* (1881) 2 NLR 222; *Fransman v Kium* (1884) 3 SC 198; *Lippert v Adler* (1887) 5 SC 388 397; *Philip v Metropolitan and Suburban Railway Co* (1893) 10 SC 42 54.

[188]Early decisions on matters of practice and pleading reflecting English influence include: *Orphan Chamber v Truter* (1830) 1 Menz 452 (a claim for damages cannot be brought on motion); *Smith v Skinner* (1847) 3 Menz 188 (where a plaintiff in his pleadings claim specific performance only, he is not entitled under the prayer for other relief to a judgement for damages). See VG Hiemstra (now Hiemstra J) "Die Onverbreeklike Samehang van Taal en Reg" 1960 *THRHR* 1–4.

earliest reports references are to be found to vindictive damages,[189] nominal damages[190] and special damages.[191]

There is a close relationship between evidence and damages. The operation of the law of evidence determines on what evidential material the assessment of the quantum will in any given case be based. No exact line of demarcation can be drawn between the field of operation of the substantive law and that of adjective law. When the court rules that evidence as to a certain head of damages is inadmissible, it removes the matter from the discretion of the jury or judge sitting as jury, and is often in fact giving effect to a rule of the substantive law of damages. An early example of a ruling of this nature is to be found in *Philip v Metropolitan and Suburban Railway Co.*[192]

The adoption of the English law of evidence introduced into South Africa the traditional division between the functions of judge and jury. This separation of functions is a central feature of the English law of evidence which has engendered "rules and habits of juristic thought" characteristic of English jurisprudence.[193] In terms of the division of functions the assessment of damages is a question of fact which falls within the province of the jury,[194] and the jury need not give reasons for its findings. Though civil trial by judge alone has a longer history in South Africa than in the common law countries, the judges were, initially at least, content to treat the question of quantum much as a jury would. In the early years principles of assessment are hardly ever stated, and the assessment of quantum is usually disposed of in a few sentences.[195] Thus in *Durham v Cape Town and Wellington Railway Co.*[196] a claim for damages for bodily injuries and loss of business arising from the injuries, a lump sum award of £3 000 (a large award for the time) is made without any exposition of principles of assessment and with an extremely brief statement of the factual findings on which it is based.[197] The courts were, however, quick to follow new developments in English law and the rules of assessment set out in *Phillips v London and South Western Rail Co*,[198] the first important English authority on personal injury damages, were

---

[189] *Keyter v Le Roux* (1841) 3 Menz 23 31; see also *De Villiers v Van Zyl* (1897) 14 SC 384.

[190] *Breda v Muller* (1829) 1 Menz 425; *Cawoods v Simpson* (1845) 3 Menz 542; *Hart & Canstatt v Norden* (1845) 3 Menz 548.

[191] *Cawoods v Simpson* (1845) 3 Menz 542.

[192] (1893) 10 SC 52, considered in *Silverton Estates v Bellevue Syndicate* 1904 TS 462 at 468–469. See also *Martheze v Van Reenen* (1836) 3 Menz 14 and *Moodie v Fairbairn* (1837) 3 Menz 14.

[193] N Bridge "Presumptions and Burdens" 1948 *MLR* 273–289 at 275; GD Nokes "The English Jury and the Law of Evidence" 1956–57 *Tulane LR* 153–172.

[194] See eg *Biccard v Biccard* (1892) 9 SC 473 at 477 per Buchanan J: "In estimating the amount of damages, which is a jury question . . .".

[195] In this regard little can unfortunately be gleaned from the earlier reports in which the judgements are mostly reported in summary form.

[196] (1869) Buch 302.

[197] Though Bell CJ at 309 states that "the chief difficulty I have felt in the case had been to fix the amount of damage", he deals with the question of quantum in a few sentences as does Denyssen J in his concurring judgement (311).

[198] (1879) 4 QBD 406, affirmed (1879) 5 QBD 78 and (1879) 5 CPD 280.

adopted by the eastern districts court soon after the judgment was handed down.[199]

The establishment of judicial and procedural institutions along English lines, the adoption of the English law of evidence, the use of the English terminology of damages, the application of English rules of assessment: all these factors have created a strange dichotomy in South African law: whereas the existence of liability is determined in accordance with the substantive law which is Roman-Dutch in origin, the quantification of liability is largely governed by rules and concepts derived from English law.

(b) Non-compensatory damages

In several of the older South African cases the courts deviated to a considerable degree from the principle of compensation which was firmly entrenched in the Roman-Dutch law. The concept of nominal damages was introduced soon after the establishment of the Cape supreme court. The earliest reported case, in which one shilling damages and costs were awarded for trespass on land, dates from December 1829.[200] The first award of nominal damages for breach of contract was made in *Cawoods v Simpson*[201] in which the court held that though there had been a breach of an agreement in restraint of trade, no special damages had been proved, and awarded one shilling damages with costs.

Thereafter awards of nominal damages occur regularly,[202] but without proper analysis of the basis of such awards in English law and without any inquiry into the principles of the Roman-Dutch law. The idea underlying these decisions is the wholly foreign one of torts actionable *per se*, that is, that there are certain wrongs of which one is entitled to complain and on proof of which one may recover such "special damages" as have been proved, or "nominal damages" for the wrongful act if no "special damages" are proved.[203] Thus it was stated by Smith J in *Jansen v Pienaar*:[204]

> "The summons set out an infringement of a right, and alleges specific damages. But the moment the plaintiff proved a wrong – as soon as he proved the enticing

---

[199] *Hume v Divisional Council of Cradock* (1880) 1 EDC 104 at 134; affirmed (1881) 1 Buch AC 27.

[200] *Breda v Muller* (1829) 1 Menz 425.

[201] (1845) 3 Menz 542.

[202] A long list of cases in which nominal damages were awarded can be compiled. The following are cases decided in the nineteenth century: *Lieshing v Colonial Government* (1833) 3 Menz 417; *Lewison v Philips* (1842) 3 Menz 37; *Hart and Constatt v Norden* (1846) 3 Menz 548; *Willet v Blake* (1848) 3 Menz 343; *Upington v Solomon* (1879) Buch 240 at 281; *Baker v Saunders* (1880) 1 Kotzé 176; *Canny v Boorman* (1883) 2 SC 282; *Fransman v Kium* (1884) 3 SC 198; *Fleming v Liesbeek Municipality* (1885) 3 SC 268; *London Exploration Co v Howe and Co* (1886) 4 HCG 214; *Beukes v Uys* (1887) 2 SAR 153; *Browning v Van Reenen* (1887) 2 SAR 187; *Proctor v Christ* (1894) 11 SC 254; *Bock v Schroeder and Land* (1894) 9 EDC 106; *Retief v Groenewald* (1896) 10 EDC 140; *Sauerman v English and Scottish Law Life Ass Assoc* (1898) 15 SC 84. For awards of nominal damages in the early twentieth century see notes 247 and 265.

[203] TW Price "Patrimonial Loss and Aquilian Liability" 1950 *THRHR* 87–105 97.

[204] (1880) 1 SC 276 277. See the argument by Juta on behalf of the respondent in *Otto v Lategan* (1892) 9 SC 250 252.

away, he was entitled to some damages, though he did not prove one farthing actual damages."

In their awards of nominal damages the judges deviated not only from the principles of the Roman-Dutch law, but also from the basis of such awards in English law. In *Attwell and Co v Logan*,[205] a claim for breach of contract, De Villiers CJ held that "as a rule, nominal damages would not carry costs". Not only is this statement not borne out by the reported cases, but it is also in conflict with English practice where nominal damages are, in the picturesque phrase of Maule J,[206] "a mere peg on which to hang costs". In *MacGreal v Murray and Burrill*[207] the device of nominal damages was even used to punish a plaintiff. As a result of fraudulent conduct on the part of the plaintiff, the defendant had taken the law into his own hands and seized the plaintiff's wagon which was loaded with goods intended for sale in the Transvaal. Harding CJ expressed strong disapproval of the plaintiff's conduct and held that "only nominal damages were due, and the very smallest coin he was aware of would be the measure of damages".[208] He granted one farthing damages, without costs. Connor J concurred, but in doing so he registered the first protest at the importation of the doctrine of nominal damages.[209] In a vigorous dissenting judgment Phillips J strongly affirmed the principle of compensation:[210]

> "The difference therefore between himself and his learned brethren was this, instead of giving nominal damages, and saying the plaintiff by his own wrong had brought this trouble on himself and therefore was entitled only to nominal damages, he wished to set forth the principle he held, that where there was an illegal act, and there were certain direct damages proved as a consequence of this illegal act, the person who suffered had the right to recover the utmost farthing."

Despite the unequivocal statement of the Roman-Dutch jurists that the action under the *lex Aquilia* was no longer penal, awards of exemplary damages were made in several earlier cases. No distinction is drawn between actions under the *lex Aquilia* and the *actio iniuriarum*; the entire approach of the courts, their whole cast of thought, is English and not Roman-Dutch. This is particularly evident in a series of cases in which exemplary damages were awarded for malicious trespass to land.

In *De Villiers v Van Zyl*[211] the defendant trespassed upon the land of the plaintiff and drove off from it and appropriated wild ostriches which, being *ferae naturae*, did not belong to the plaintiff. Had the plaintiff captured them,

---

[205](1884) 3 SC 107 113.

[206]*Beaumont v Greathead* (1846) 2 CB 494 499. See, however, *Marillac v Lippert* (1876) Buch 200 where one farthing damages without costs was awarded.

[207]1872 NLR 19.

[208]22: Harding CJ appears to be confusing nominal damages and "contemptuous damages", a devisory sum, usually a halfpenny, awarded to a plaintiff who is invariably deprived of costs (Ogus *Damages* 26). It is, however, not a true case of contemptuous damages for it is clear that the plaintiff in fact suffered loss while an award of contemptuous damages is made where damages are "at large" and the plaintiff has suffered no loss.

[209]23: "He did not understand nominal damages, and had been sorry to see them introduced into the procedure of this Court, because they meant nothing".

[210]23.

[211](1880) Foord 77.

however, he could have become their owner. The court held that in an action for trespass it may give damages for collateral acts which aggravate the trespass. The court awarded "substantial damages" to the value of the birds. This is clearly an application of English principles and it is interesting to note that during the course of argument De Villiers CJ referred to the classic English case of *Merest v Harvey*.[212]

In *Stuurman v Van Rooyen*,[213] in an appeal from the decision of a magistrate, De Villiers CJ said that:[214]

> "the court has not been in the habit of scrutinising too closely the evidence in support of damages for a deliberate delict or tort."

Similarly in *Nicholson v Myburgh*,[215] also an appeal from the judgment of a magistrate, De Villiers CJ said that a person who wilfully or contumaciously holds over after the expiration of his tenancy, is a malicious trespasser from whom exemplary damages may be recovered. The court would not, therefore,

> "scrutinise too closely the exact measure of damages applied by the Court below if, on a consideration of all the circumstances, the amount awarded appears to be reasonable".[216]

Two ideas derived from English law underlie these decisions. The first is that in certain torts the damages are "at large" and the jury can express its disapproval of the defendant's wilful interference with the rights of another by an award of exemplary damages. The second is that in tort the jury is allowed greater latitude in the assessment of damages, and its award will be upset only if it is excessive or outrageous.

Another form of punitive award, wholly in conflict with the principles of the Roman-Dutch law, was the award of a reduced amount in an action for damages as a mark of disapproval of the plaintiff's conduct. In *Van der Byl v De Smidt*[217] the plaintiff claimed damages for loss caused by a fire negligently kindled by the defendant or his servants. The court found that the defendant had been negligent but considered the plaintiff's claim to be "ungracious and unneighbourly".[218] The award of £10 damages bears no relationship to the actual loss sustained by the plaintiff, nor does the court call it an award of nominal damages which, in any event, it cannot be. One gains the impression that the judges thought that the question of damages was always "at large" within their discretion, and that their function was simply to make an award "sufficient to satisfy the case".

---

[212](1814) 5 Taunt 442.
[213](1893) 10 SC 35.
[214]37.
[215](1897) 14 SC 384. This decision was not followed in *Du Toit v Vorster* 1928 TPD 385 at 391, and *Phil Morkel Ltd v Lawson and Kirk (Pty) Ltd* 1955 3 SA 249 (C), as not being in accordance with the principles governing the assessment of damages for holding over.
[216]387. See also *Malcolm v Shaw* (1898) 15 SC 31 at 33, and *Van der Westhuizen v Velenski* (1898) 15 SC 237 241. The latter case was dissented from in *Woods v Walters* 1921 AD 303 310.
[217](1869) Buch 183.
[218]188.

The action for defamation, which was particularly susceptible to the influence of English law during the nineteenth century,[219] shows an interesting development of an opposite nature: the intrusion of the element of compensation on what was in Roman-Dutch law an essentially punitive action. The purely penal action for *amende profitable* occurs but twice in the early reports.[220] As the influence of English law exerted itself, in which the purpose of the award is to compensate the plaintiff for the damage done to his reputation,[221] the action changed from a purely penal to a compensatory action with the punitive element intruding, as in English law, upon proof of express malice.[222] This development was expressly recognised by Watermeyer J:[223]

> "... the action of the *amende profitable* had been dropped, and instead of that was now taken what was called the English action for libel, which would merely lie in cases where temporal damages had been suffered."

The assimilation of the English approach is manifest from the following *dictum* of Schreiner JA:[224]

> "... the delict of defamation has come to be limited to the harming of the plaintiff by statements which damage his good name. The opinion of other persons is of value to him and although it is not usual to speak, with Iago, of defamation as a form of theft, it has become in some degree assimilated to wrongs done to property."[225]

(*to be concluded*)

Hitherto the law of damages has been quite remarkable for the lack of interest shown by jurists in its fundamental rules.

Harry Street Principles of the Law of Damages *London 1962 v*

---

[219]There has been much discussion of the interaction of the two systems in the law of defamation. The debate was started in 1931 by McKerron "Fact and Fiction in the Law of Defamation" 1931 *SALJ* 154–173, and Melius de Villiers "Animus Iniuriandi: An Essential Element in Defamation" 1931 *SALJ* 308–311. A recent discussion with full reference to the extensive earlier literature is that of B Ranchod *Foundations of the South African Law of Defamation* (Leiden 1972).

[220]*Russow v Sturt* (1829) 1 Menz 378; *Wolff v Van Hellings* (1831) 1 Menz 528. According to Cloete J in *Hare v White* (1865) 1 Roscoe 246 247 the courts had deliberately discouraged the action for the *amende honorable*. In *Swarts v Lion Bottle Store* 1927 TPD 316 at 318 Tindall J found it unnecessary to express an opinion as to whether the action for *amende honorable* is obsolete under our law or not.

[221]McGregor *Damages* 1299.

[222]*Diepnaar v Hauman* (1878) 3 Roscoe 37 45–46.

[223]*Hare v White* (1865) 1 Roscoe 246 250.

[224]*Die Spoorbond v South African Railways* 1946 AD 999 1010–1011.

[225]On personal honour as an economic asset, see RW Parsons "The Basis of the South African Law of Defamation" 1951 *THRHR* 192–230; Mc Kerron *The Law of Delect* 7th ed (Cape Town 1971) 170 f; and the comments of De Villiers AJ in *Maisel v Van Naeren* 1960 4 SA 836 (C) 848.

Some Historical Aspects of Supervening Impossibility of Performance of Contract

WA Ramsden QC

University of Natal

(*Continued*)

(a) **Fault–**

As we have seen, notwithstanding the fact that in all cases the award had to consist of a definite sum of money, supervening impossibility of performance released the debtor from his obligation to perform (except, of course, where the *actio* was in respect of *certae pecuniae*). This was not the case where the impossibility was due to the debtor's own fault.[51]

Here there was a distinction made between the *formula incerta* and an action for a *certum*. Where the action was brought with a *formula incerta*, with or without the insertion of the phrase "*ex fide bona*", the culpable destruction of the object primarily owed did not discharge the obligation.[52] If the debtor failed to perform properly, owing to circumstances for which he was responsible according to the standard of liability applicable,[53] he was held liable for the creditor's interest (*interesse*).[54] Liability for damages in the case of part or defective performance was automatically included in these actions.[55]

On the other hand in strict obligations for *dare* or *reddere* of an individually ascertained *certa res* the destruction of the thing should logically have released the debtor, because the *dare oportere* in the *formula* presupposed the continuous existence of the thing which was owned, notwithstanding the *aestimatio pecuniaria*.[56] Nevertheless, when the impossibility was brought

---

[51]As Mayer-Maly says *op cit* 93: "The absolution of the debtor is unreasonable if he has to account for the impossibility himself." As we shall see later the principle that the debtor is released if he cannot be blamed for the impossibility is not an absolute rule (see Windscheid, *op cit* § 264 2(a)).

[52]Kaser *op cit* § 37 I 3a.

[53]As to which, see later.

[54]Kaser *op cit* § 37 I 3a.

[55]*ibid* § 37 I 3a.

[56]*ibid* § 37 I 2. See also Medicus *op cit* 70.

Mayer-Maly says *op cit* 81, "The unbearable consequences of a ruling *impossibilium nulla est obligatio* in the case of a performance hindrance set up by the defendant led as early

about as a result of the fault of the debtor, as early as the time of the jurists of the late Republic, a legal fiction came into operation which had the effect of notionally continuing the existence of the *res* owed.[57] This *perpetuatio obligationis* provided that if the debtor was, according to the standard of liability applicable,[58] responsible for the destruction of the thing, the creditor could proceed as if the *res* were still in existence at the time of *litis contestatio*, so that the formulary *dare oportere* remained valid.[59]

Even here, of course, the judgment against the debtor was to pay the assessed value of the *res*. There was no room in these actions for an award of damages. If the object owed was in fact given, but in a defective condition, from the time of Julian the reduction in value could be claimed by the strict action for *dare* and the same held for an incomplete performance. Before Julian's time the creditor was restricted to the *actio de dolo*, the action for *reddere* being justified by the fiction *res deterior reddita non est reddita*.[60]

Thus, for example, if I promise to give you the slave Stichus and then kill him before handing him over, you could still bring your action and I would be obliged to pay you the value of Stichus who was kept notionally alive for this purpose by the *perpetuatio*[61] which was an extension of the *clausula doli*.[62]

Just how the Roman law came to develop this doctrine in this particular way is a bit of a mystery. The *perpetuatio obligationis* only applied to supervening impossibility of performance.[63] Initial impossibility of performance seems to have been recognised as a ground for release from as far back as our sources go without any exception akin to the *perpetuatio*.[64] Why, then, should I be free of all liability if I first kill Stichus and then knowing you are unaware of that fact, promise him to you? Why wasn't Stichus in this instance to be kept notionally alive for the purpose of founding liability? As we have seen, the *perpetuatio obligationis* was an extension of the *clausula doli* and, according to Medicus, the *clausula doli* would not only in its future tense refer to the subsequent destruction of the *res* but in its *present* tense also to its destruction *before* the promise as the promise itself would already be *dolus* if

---

as the time of the pre-Classical jurists to the acceptance of a 'perpetuation' of the liability in *species* debts which were *stricti juris*." This may not be quite accurate, because "perpetuation" only applied to cases of supervening impossiblity (see below) whereas as we have seen the concept of *impossibilitas* according to Buckland applied only to cases of initial impossibility, though the concept of *casus* had a broadly analogous effect where the impossibility occurred after the conclusion of the contract.

[57]Kaser *op cit* § 37 I 2.

[58]As to which, see later.

[59]Kaser *op cit* § 37 I 2.

[60]*ibid* and *D* 13 6 31; 16 3 1 16.

[61]Medicus *op cit* 71.

[62]*ibid* 72. The fault did not give rise to a new obligation even after the *perpetuatio* displayed. The old obligation is preserved, the duty of performance remaining legally the same. The fact that a money equivalent of performance is exacted from the debtor is merely an expedient (Windscheid *op cit* § 264 n 7). See also Huber *Jurisprudence of my time* (translated by Percival Gane) 1 38 3.

[63]*ibid* 74.

[64]*ibid* 71.

the promissor has destroyed the *res* himself before he made the promise.[65] In theory, then, the *perpetuatio obligationis* should have applied to initial impossibility of performance too unless, of course, the slave Stichus was a figment of my imagination and had never existed at all in fact,[66] but this was not the case.

It has been suggested that the reason for the distinction may very well lie in the fact that it is supposed that under the old *legis actio per sacramentum in rem* procedure the *res* or something (such as a part of it) symbolising the *res* had to be produced,[67] but that cannot be so for that would have applied equally in cases of supervening and initial impossibility which, as we have seen, was not the case. It would also have applied to cases of subjective and objective impossibility and to a promise to deliver a *res* in possession of another,[68] which, as we shall presently see, was also not the law. As indicated earlier, Medicus submits that the real reason lies in the practical difficulty in fixing the *litis aestimatio* in early times. As he puts it: "To express it in positive terms the *perpetuatio obligationis* restricts itself to those cases in which the performance *res* existed in a performance fit state a short time previously and therefore also had a real market price".[69] It is true that in impossibility cases one cannot assess the monetary value of the *res* if one takes it in its actual condition, but why draw a line at the moment the contract is formed? If Stichus had been killed moments before the stipulation was given and you found out this fact moments after I had stipulated how could it be more difficult to arrive at a *litis aestimatio* than in the case of a cargo lost at sea after it is promised where months elapse before the loss becomes known?[70]

The reason for the distinction is obscure but it may lie in the different lines along which the notions of *impossibilitas* and *casus* developed, in considerations of policy such as the idea that a contract of sale must have a certain and definite subject matter upon which to operate, and in Roman ideas of responsibility, which I need not examine here.

The borderline between fault and accident does not appear to have been very clearly defined in Roman law. In the strictest actions, e g the *actiones ex stipulatu* and *condictiones*, the debtor was, according to Kaser,[71] only liable in the case of *dolus*. According to the examples given in the Code, the classical jurists seem to have assumed a liability if the debtor had made performance impossible by his intentional act (*facere*) or if he had knowingly delayed the possible performance.[72] But it was liability for *dolus* in an objective sense, in that conduct was construed as intended if, for example, the debtor had acted in ignorance of his obligation, and even if he could not have acted

---

[65] *ibid* 72.
[66] *ibid* 73.
[67] *Kaser Das Römische Zivilprozessrecht* (München 1966) 69, referred to by Medicus *op cit* 74.
[68] Medicus *op cit* 74–5.
[69] *ibid* 79.
[70] Medicus explains this, apparently, by saying it is a "rather rough and ready classification . . . not too unusual in the early Roman Law" (*op cit* 79 – my translation).
[71] *op cit* § 36 III 4.
[72] *ibid.* See also *D* 12 1 5.

otherwise under the circumstances.[73] In isolated cases liability was extended to *culpa* but his was probably classical,[74] because in earlier times only liability for *dolus* and liability for *custodia* existed in the field of contractual and quasi-contractual responsibility.[75]

Liability for *custodia* was imposed on borrowers "and, furthermore on those who, like the launderer (*fullo*) and the mender of garments (*sarcinator*), received things to be worked upon, the ship master, innkeeper and stable-keeper (*nauta, caupo et stabularius*), the lessor of a warehouse, the inspector who, in his own interest, received things for examination, presumably also the vendor before delivery, the lessee of a thing, the partner who had to work upon things belonging to other partners, and perhaps also to the pledge creditor."[76]

Originally liability for *custodia* was absolute because in practice, damage was occasioned generally as the result of defective care or guarding of the thing, and thus of negligence.[77] "Only certain typical situations of innocence were excluded; the following have been transmitted to us: fire, shipwreck, inundation, collapse of a building, earthquake, riot, pillage by the enemy and gangs of robbers, also the natural death of a slave or animal."[78] As Kaser points out, the classical jurists may have found justification for the liability in the express or tacit assumption of a warranty to care for or guard the thing effectively.[79] "Liability for damage occasioned by animals and for the escape of slaves who had to be guarded was included in *custodia*–liability."[80]

It was a controversial point among the classical jurists whether liability also lay in the case where damage was occasioned to the *res* by a third party.[81] "Where a debtor had to expose a thing to perils under a contract (eg in carriage of goods by sea) this kind of liability was excluded."[82]

The only other case where liability arose irrespective of fault was, for example, where a contractor or a partner was assumed to have warranted that he had the necessary professional skill and, therefore, was held to be liable for *imperitia*.[83]

---

[73]*ibid* § 36 III 4. (See also *Koenig v Johnson & Co Ltd* 1935 AD 262 explaining Innes CJ in *Liquidator MacDuff Co v Johannesburg Consolidated Investment Co* 1924 AD 573 and Pothier *Traité des Obligations* 3 6 3 625.

[74]Kaser *op cit* § 36 III 4.

[75]*ibid* § 36 III 5.

[76]*ibid* § 36 III 3. See also Benöhr *op cit* 89–90.

[77]Kaser *op cit* § 36 III 3. See also Benöhr *op cit* 89, and Windscheid *op cit* § 264 n 9.

[78]Kaser *loc cit.*

[79]*ibid.* See also Windscheid *op cit* § 264 n 9, where he points out that the custodian was liable except in cases of *damnum fatale, vis major* or *casus cui resisti non potest.*

[80]Kaser, *loc cit.*

[81]*ibid.* Naturally the debtor had to cede to the creditor all claims which he had against third parties responsible for the loss (Pothier *op cit* 3 6 4 635) including all insurance claims (Windscheid *op cit* § 264 n 6 rule 5).

[82]*ibid.* And even where the damage or loss was deliberately occasioned by the carrier in such circumstances he could be excused, e g where he was forced to jettison cargo to save the ship and remaining cargo. Benöhr *op cit* 99 and 116.

[83]*ibid.*

The early liability for *dolus* hardened and extended into a liability for *culpa* in the *bonae fidei judicia*,[84] "After an early post-classical tradition one attempted to make up a clumsy and incomplete scheme of the standards of liability by assuming that the party who was not interested in the legal relationship was liable for *dolus* only whereas the party who was so interested was to be liable for *culpa* as well (so-called 'principle of utility'), except in the case of the *mandatarius,* the *tutor* and the *negotiorum gestor* who were also liable for *culpa*".[85]

The question arises whether the fault of which the promissor was guilty and which brought about the impossibility of performance could lie in an act of omission as well as one of commission. The answer given by Mayer-Maly is "yes". "Only an obligation directed at *facere* '(however)' can be continued in existence through omissive *culpa*" (in addition to commissive *culpa*).[86] It appears that an opinion which regarded omissive *culpa* as founding liability in a wider field did not prevail.[87] Following Kreller, Mayer-Maly is also of the opinion that *culpa* was regarded objectively as and being "an offence against that which is necessary in *concreto* for fulfilment of the obligation",[88] this indicating the influence of the concept of *bona fides* on the development of the notion of *culpa.*

In the *bonae fidei judicia* the creditor was, in addition to an award for his *interesse*, "indemnified for all other losses which resulted from the debtor's breach of his duty under the concrete obligation to show good faith and care."[89]

In the Eastern Roman Empire the concept of *culpa* was still further developed under the influence of Greek philosophy and Christianity into a tendency to base all liability on fault (although it must be admitted that the first glimmerings of the notion appear in classical times.)[90] The general norm then was that a debtor was liable for *dolus* and *culpa*, both of which acquired a new meaning in that they were taken to imply an element of moral blameworthiness, which did not permit too rigid a classification, but required an individual assessment in each particular case.[91] "In *dolus* (*fraus*) the element of malice came to the fore. *Culpa* now comprised any blameworthy behaviour, expecially the unintentional fault, negligence, irrespective of whether it manifested itself in positive acting or in an omission. This purely subjective *culpa* included a dereliction of duty; a general duty of care (*diligentia*) was on the debtor, the culpable disregard of which constituted carelessness (*negligentia*)."[92] This latter was tantamount to *culpa* and the very opposite from *diligentia.*[93]

---

[84]*ibid* § 36 III 5.
[85]*ibid* § 36 III 5.
[86]*op cit* 9.
[87]*ibid.* See also *supra.*
[88]*ibid* 13.
[89]Kaser *op cit* § 37 I 36.
[90]*ibid* § 36 IV 1.
[91]Windscheid *op cit* § 264 n 9.
[92]Kaser *op cit* § 36 IV 1.
[93]*ibid.*

Despite the fact that a rigid classification was not possible, there remained a gradation of standards, frequently based on traditional distinctions,[94] which briefly were–

(a) Utmost care (*exactissima diligentia*) mainly imposed on those who in classical law had been liable for *custodia*; they bore the strictest liability and were responsible for even the slightest degree of negligence.[95]

(b) The ordinary standard of care was liability for both *dolus* and *culpa*, the latter being measured by the well-known standard of the *diligens paterfamilias*, a criterion obviously derived from Greek philosophy.[96]

(c) A lower standard which was often imposed viz *diligentia quam suis rebus adhibere solet* (the so-called liability for *culpa in concreto*); sometimes Justinian construed this standard as a duty of the utmost care, but that is not very relevant for our purposes here.[97]

(d) The lowest contractual responsibility was liability for *culpa lata* (*nimia negligentia*) or gross negligence; although it was said *culpa lata doli aequiparetur*, *dolus* was only retained for delict.[98]

But even if there was *culpa* so that the obligation was perpetuated the promissor could be freed of his liability if there was a larger overlapping accidental damage occasioned to the *res*, provided that at that time the promissor was not in *mora*.[99] This even applied to wilful damage.[100] Thus Mayer-Mali points out that if a slave has been sold and subsequently the seller sells the slave again and delivers him to a third party, even this second *dolus* sale will not be sufficient to "annul the freeing effect of the death of the slave".[101] He points out, however, that neither Plautius, nor Paulus "nor the formulation of the *constitutio* by the *veteris* laid claim to the correctness of all the logical consequences" of the rule "but concentrated instead only on the general rule".[102]

Perpetuatio also applied where the impossibility of performance arose *after* the debtor was in *mora*. The rule provided that if *per debitorem stetit*, *quo minus daret*, (ie if the destruction of the thing was due to the debtor's fault or if it took place after the debtor was in *mora*), the performance *res* was notionally kept alive until *litis contestatio*.

Pernice[103] emphatically states that culpable destruction of the obligation and *mora* had nothing in common, though clearly they would appear to

---

[94]*ibid* § 36 IV 2.
[95]*ibid* § 36 IV 2a.
[96]*ibid* § 36 IV 2b.
[97]*ibid* § 36 IV 2c.
[98]*ibid* § 36 IV 2d. See also, generally, Windscheid *op cit* § 264 9.
[99]Mayer-Maly *op cit* 17, and see below for the effect of *mora*.
[100]*ibid*.
[101]*ibid* (my translation).
[102]*ibid* 17–8 (my translation).
[103]*Labeo* 22 133; referred to by Mayer-Maly *op cit* 18.

be logically related for were it not for the debtor's neglect to perform his obligation timeously, the subject-matter of the contract might not have been destroyed. Furthermore both found a place in the *perpetuatio*, though it is impossible to decide which was first in point of time.[104] Mayer-Mali points out that the culpable destruction of an obligation is non-remediable, whereas *mora*, on the other hand, is considered by some to be remediable, and says that *mora* came to be regarded as a failure in performance because of the "indisputable, logical legal realization that late performance is only a substitute for the performance owed".[105]

The *perpetuatio obligationis* was also used to exclude mere temporary suspension of the duty to perform.[106] In this way Roman law recognized something analogous to our present-day notion of temporary impossibility of performance.[107] As Pasquale Voci[108] points out, the problem of temporary impossibility of performance of a stipulation had received close study by Paulus and Celsus. Paulus postulates two hypothetical cases–

(i) *Where A promises a ship to B which is later destroyed.* The obligation starts off by being valid but is later extinguished. But the destruction may not be final, for example, it may be possible to repair the ship. Paulus says if it is reconstructed of the same materials of which it was previously made, it requires its original identity. The impossibility is terminated and the obligation of the *stipulatio* revives; the obligation was temporarily impossible of performance and the *stipulatio* merely temporarily invalid. But if the ship is reconstructed according to a different design (or, presumably, even if it is reconstructed to the same design but of different materials)[109] it becomes a different ship and the obligation will not revive but will be regarded as having been finally extinguished just as it would if the ship cannot be reconstructed.

(ii) *Where a promised slave was captured by the enemy or escaped from his master before delivery.* The obligation was not nullified but action to compel his delivery could only be taken where the slave had been recaptured[110] (although it must be admitted that the words *valere emptionem et stipulatiorem* can also mean that before repossession of the slave it was possible to sue successfully for his value).[111]

Celsus posed two further hypothetical cases–

(i) *Where a thing is promised which later becomes extra commercium, or a slave is promised who later becomes a freeman, in each case the promissor not being re-*

---

[104]Mayer-Maly *op cit* 18.

[105]Following K Wolff, "*Grundniss des österreiches bürgerliches Rechts*" (1948); see Mayer-Maly *op cit* 18.

[106]Medicus *op cit* 86–7.

[107]*ibid* 87.

[108]"*Le obbligazioni Romani* (*corso di Paulette*) *il contenuto dell' obligatio*" I 1 (Milan 1969) § (*Prestazione possibile*) 130.

[109]See the interesting parallel case referred to in Schorer' snote to Grotius' *Jurisprudence of Holland* 1 3 47 4 (Maasdorp's translation 2d ed Cape Town 1888).

[110]See also Medicus *op cit* 87–90. Temporary impossibility also applied to cases of *concursus causarum*. See Medicus *op cit* 77. See also Benöhr *op cit* 72–3.

[111]Medicus *op cit* 89.

sponsible for the change in status. In both these cases the obligation was extinguished but re-appeared if the thing later became negotiable or the freeman once more became a slave. No mention is made of the length of the period of impossibility, hence, presumably, the Romans, unlike ourselves,[112] did not regard a period of temporary impossibility as permanently invalidating the contract after a reasonable period had elapsed, even if the inhibiting factors were subsequently removed.

(ii) *Where a piece of land is promised on which later and before transfer to the promisee a building is erected.* Celsus says that in such circumstances the obligation is extinguished, but that if the building is destroyed the obligation would revive. As might be expected, Paulus disagrees with this conclusion, but maintains there is relative impossibility of performance in this case.[113]

A similar sort of suspension, but not extinction, of the obligation arose in the case of *vadimonium*, a kind of recognisance entered into by a litigant to secure his due appearance at the hearing of the case. If the promissor was absent due to (his wife's) pregnancy or to his presence at a relative's funeral his promised payment was not exacted but was held in suspense against his appearance in due course.[114]

(*to be concluded*)

A factor which further inhibits any careful study of this document and so contributes greatly to one's incomprehension is the unbelievably fine print . . . There should be some limit below which the traditional fine print in contracts may be held pro non scripto.

Coetzee J in Western Bank Ltd v Sparta Construction Co *1975 1 SA 839 (W) at 840.*

---

[112]See eg *Beretta v Rhodesian Railways Ltd* 1947 2 SA 1075 (SR) 1082.

[113]See Voci *op cit* 130. A reference to the texts, viz *D* 32 79 2 3 and *D* 46 3 98 8, does not seem to support the conclusion in its entirety.

[114]Kaser *op cit* § 36 IV 2d.

Aantekeninge

BEDOEL DIE BESKULDIGDE OM SKULDIG OF ONSKULDIG TE PLEIT?

Volgens die Suid-Afrikaanse strafprosesreg moet 'n beskuldigde in die ope hof[1] verwittig word van die misdryf waarvan hy aangekla word, soos in die aanklag uiteengesit, en aangesê word om onmiddellik daarop te pleit.[2] Die moontlike pleite wat hy kan bied, word uiteengesit in a 169(2) van die Strafproseswet, en indien hy sou weier om regstreeks op die aanklag te pleit, kan die hof na goeddunke gelas dat 'n pleit van onskuldig namens die beskuldigde aangeteken word.[3]

Twee van die mees voorkomende pleite wat 'n beskuldigde kan bied, is òf dat hy skuldig is aan die misdryf wat hom ten laste gelê word (of, met instemming van die aanklaer, aan enige ander misdryf waaraan hy op die aanklag skuldig bevind sou kan word), òf dat hy onskuldig is.[4]

Die hof moet ook, veral waar hy met ongeletterdes te doen het, groot sorg dra dat die beskuldigde weet wat hy doen as hy skuldig pleit,[5] en die hof het 'n diskresie om nogtans 'n pleit van onskuldig te notuleer en met die verhoor op dié basis voort te gaan.[6] Dit sou die geval wees indien die beskuldigde sou skuldig pleit en dan 'n verduideliking byvoeg met betrekking tot sy houding tot die aanklag, bv "ek pleit skuldig, ek het in noodweer gehandel". Dan behoort 'n pleit van onskuldig aangeteken te word.[7]

Daar rus gevolglik 'n positiewe verpligting op 'n hof om te verseker wat die werklike pleit van die beskuldigde is. Pleit hy onskuldig, plaas die beskuldigde al die elemente van die misdryf in geskil en moet die staat bewys bo redelike twyfel daaroor lewer. Pleit hy egter skuldig *in initio litis* is daar geen geskilpunte tussen die staat en die beskuldigde nie en is die bepalings van a 258(1)(b) van die wet van toepassing. Dit moet egter beklemtoon word dat a 258 slegs van toepassing is indien die beskuldigde heel aan die begin van die verhoor skuldig gepleit het en nie indien hy gedurende die

---

[1]Behoudens die bepalings van a 351 van die Strafproseswet 1955 (Wet 56 van 1955), waar 'n boete (erkenning van skuld) betaal word sonder verskyning in 'n hof.

[2]a 163(1) van die Strafproseswet – tensy die beskuldigde die beswaar opper dat 'n afskrif van die akte van beskuldiging of dagvaarding nie behoorlik op hom bestel is nie.

[3]a 175 van die Strafproseswet.

[4]a 169(2)(a) en (b) van genoemde wet.

[5]*R v Mutimba* 1944 AD 23 34.

[6]*R v Kumalo* 1930 AD 193.

[7]a 169(5) van die wet en Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafproses* 189 (Durban, Butterworths 1967).

verhoor sy aanvanklike pleit van onskuldig na skuldig verander nie.[8] Sou hy laasgenoemde doen, verval alle geskilpunte tussen hom en die staat en hoef die staat nie kragtens a 258 te bewys "dat die misdryf werklik gepleeg is" nie.

Ten aansien van sekere geskilpunte kan die beskuldigde egter erkennings maak ooreenkomstig a 284 van die wet "en so 'n erkenning is voldoende bewys van daardie feit". Nadat 'n beskuldigde egter skuldig gepleit het, en daardeur al die feite wat die betrokke misdryf daarstel in effek erken het, kan geen erkennings meer gemaak word nie. "Since it would be mere repetition of the more complete admission contained in the plea . . . [and] should an accused plead guilty twenty times, the State is no better off than on a single such plea".[9]

Die gebruik het dan ook in die praktyk ontstaan dat 'n beskuldigde wat aanvanklik onskuldig gepleit het, nadat die staat getuienis gelei het die orige geskilpunte erken en dan sy pleit na skuldig verander. Dit is onnodig, want indien hy slegs sy pleit na skuldig verander erken hy outomaties daardeur dat daar geen geskilpunte tussen hom en die staat bestaan nie.

Die enigste regsvraag wat in die praktyk probleme veroorsaak, ontstaan in die volgende situasie: Die beskuldigde pleit onskuldig as die klagte aan hom gestel word; sonder dat die staat enige getuienis lei, maak die beskuldigde erkennings wat al die elemente van die misdryf dek; daarna sluit die staat sy saak; die beskuldigde sluit sy saak. Die vraag ontstaan nou of die beskuldigde skuldig bevind kan word. Of anders gestel, moes die staat dan steeds ingevolge die bepalings van a 258(1)(b) bewys het dat die misdryf werklik gepleeg was? Drie sake van verskillende afdelings van die hooggeregshof is hier ter sake: *S v Peterson*,[10] *S v Jordan*[11] en *S v De Wet*.[12]

Peterson is daarvan beskuldig dat hy 'n motorvoertuig op 'n openbare pad bestuur het terwyl die alkoholpersentasie in sy bloed meer was as die voorgeskrewe maksimum. Hy het onskuldig gepleit en die staat het twee getuies geroep: 'n polisieman wat na die ongelukstoneel gegaan het en die beskuldigde wat aan hom erken het dat hy die bestuurder van die motorvoertuig was. Aangesien sy asem na drank geruik het, is hy na 'n distriksgeneesheer geneem wat 'n bloedmonster van die beskuldigde geneem het. Na sy getuienis het die verdediging formeel erken dat die bloed op daardie tydstip meer as die voorgeskrewe persentasie alkohol bevat het, te wete 0,30 persent. Die tweede en laaste getuie was 'n passasier in Peterson se motor wat beskryf het hoe die ongeluk plaasgevind het. Daarna het Peterson se prokureur met die hof se toestemming sy pleit verander na skuldig en, na sluiting van die staat- sowel as die verdedigingsaak, is die beskuldigde skuldig bevind soos aangekla. By hersiening word die skuldigbevinding en vonnis tereg bekragtig, maar regter Van den Heever maak sekere interessante opmerkings – na sommige waarvan reeds hierbo verwys is. Die regter

---

[8] *S v Peterson* 1969 4 SA 501 (NK) 502E–F en die gesag daar aangehaal.
[9] *S v Peterson* supra 502B–C.
[10] supra.
[11] 1970 2 SA 474 (T).
[12] 1975 1 SA 888 (OK).

sê tereg dat a 258 nie hier van toepassing is nie en verklaar dan soos volg: "If the legislature wishes to extend this or a similar protection [van a 258] to an accused who *genuinely disputes only some, or even only one, of the material facts* in the case, it is for the legislature to take appropriate steps".[13]

Regter Van den Heever se standpunt is gevolglik dat indien 'n beskuldigde slegs een wesenlike geskilpunt (bv dat die beskuldigde op 'n gegewe tydstip bestuur het) werklik betwis, a 258 nie van toepassing is nie en al die ander geskilpunte erken kan word. Met hierdie benadering gaan ek met respek akkoord.

Daarna volg *S v Jordan.* Jordan is daarvan aangekla dat hy 'n motorvoertuig onder die invloed van sterk drank bestuur het en die eerste alternatiewe aanklag was dieselfde as die aanklag in Peterson se saak, nl dat hy 'n motorvoertuig bestuur het terwyl sy bloedalkoholpersentasie die voorgeskrewe maksimum oorskry het. Jordan het op al die aanklagtes onskuldig gepleit. Sonder dat die staat enige getuies geroep het, het die volgende gebeur: sy regsverteenwoordiger maak twee erkennings wat neerkom op 'n erkenning van die eerste alternatiewe aanklag, en daarna verander hy sy pleit na skuldig op laasgenoemde aanklag. Daarna het sowel die staat as die verdediging hul saak gesluit. Jordan word op die eerste alternatiewe aanklag skuldig bevind en die skuldigbevinding word by hersiening bekragtig.

Regterpresident Cillié beklemtoon dat die beskuldigde nie sy aanvanklike pleit gekoppel het aan 'n verduideliking of verklaring kragtens a 169(5) nie.[14] Ten spyte van die feit dat regter Cillié verklaar dat "it must be considered whether the admissions in terms of s 284(1) constituted admissible and sufficient evidence to prove that the offence was actually committed" – dws 'n verwysing na a 258 – bevind hy dat Jordan deur sy pleit van onskuldig alle relevante feite in geskil geplaas het; dat die erkennings daarna toelaatbare en genoegsame getuienis en dus bewys was van die feite daarin vervat en dat indien die staat- en die verdedigingsaak gesluit was, die hof die beskuldigde ook aldus skuldig sou kon bevind het; dws dat a 258 nie van toepassing is nie. Soos hierbo bespreek, verklaar die regter dat die verandering van die pleit niks tot die wese van die saak bydra nie, aangesien die erkennings reeds alle geskilpunte laat verval het.[15]

Soos in *Peterson* se saak word gevolglik bevind dat a 258 slegs van toepassing is indien 'n beskuldigde heel aan die begin van die verhoor skuldig pleit. Maar *Jordan* is onversoenbaar met *Peterson* in die sin dat Jordan duidelik nie opreg enige feite betwis het nie ("genuinely disputed"). Volgens regter Van den Heever se standpunt moes die hof Jordan na die maak van die erkennings daarop gewys het dat dit inderdaad neerkom op 'n pleit van skuldig en sou die staat dan moes voldoen het aan die vereistes van a 258.[16]

---

[13]bl 503A van die verslag; ek kursiveer.

[14]bl 475H van die verslag. Kyk hieroor die *De Wet*-saak.

[15]bl 476 van die verslag.

[16]*Jordan* se saak is op 20/10/69 geargumenteer en in *Peterson* se saak is uitspraak gegee op 12/9/69. Daarom is daar geen verwysing na lg uitspraak in die *Jordan*-saak nie.

De Wet is wesenlik soos Jordan aangekla en is ook skuldig bevind daaraan dat hy 'n motorvoertuig bestuur het met meer as die voorgeskrewe persentasie (nou natuurlik 0,08 en nie meer 0,15 persent nie) alkohol in sy bloed. Hy het gesê hy pleit onskuldig, maar direk daarna het hy 'n verduideliking gegee kragtens a 169(5) wat inderdaad neergekom het op 'n pleit van skuldig. Daarna het hy ook gesê dat hy sy pleit verander na skuldig. Soos hierbo gesê, behoort 'n hof vas te stel wat 'n persoon se pleit inderdaad is en dit dan só te notuleer. Hier moes dus eintlik 'n pleit van skuldig genotuleer gewees het *in initio litis* en moes a 258 gevolglik van toepassing gewees het. Aangesien dit nie gedoen is nie, kon die skuldigbevinding van De Wet duidelik nie bly staan nie en het die hof dit by hersiening tereg tersyde gestel.

Die hof se benadering verg egter aandag. Regter Addleson verklaar dat "*the essential issue is whether the accused intended to plead guilty or not guilty* . . . If, at the outset, he clearly intended to plead not guilty, thereafter made admissions and then decided to alter his plea to one of guilty, those admissions would stand as evidence against him". Om hierdie rede is dit duidelik waarom die hof verklaar dat *Jordan* se saak korrek beslis is. Maar dan gaan die hof voort: "If, on the other hand, *notwithstanding the form in which the admissions and the change of plea are recorded, it is clear that he intended from the outset not to join issue with the State but to plead guilty*, then it is my view that the fact that he may, in the course of altering his plea, have made 'admissions' before the formal alteration of his plea took place, can have no effect on the obligation of the State to prove the commission of the offence by evidence *aliunde* under s 258(1)".[17] Dit is dan myns insiens presies wat in *Jordan* se saak gebeur het en daarom is dit onverstaanbaar dat *Jordan* se saak goedgekeur word. Eerder pas hierdie aanhaling in by die standpunt van regter Van den Heever. Sou 'n beskuldigde dus onskuldig pleit en daarna al die wesenlike elemente van die misdryf erken (soos by *Jordan*), kan die hof tog nie aanvaar dat hy "genuinely disputed" of "intended to plead [not] guilty" of "intended to join issue with the state" nie. Die hof sal dan eenvoudig moet gelas dat die pleit van die beskuldigde inderdaad een van skuldig is, en dan tree a 258 in werking.

In die Noord- en Oos-Kaapse afdelings kan aanklaers nog steeds 'n beskuldigde versoek om onskuldig te pleit en dan getuienis aanbied ten aansien van slegs een van die wesenlike elemente van die misdryf. Daarna kan die beskuldigde òf sy pleit verander na skuldig òf die oorblywende elemente van die misdryf erken. Andersins sou geld dat "an accused who pleads guilty may in certain circumstances leave a greater *onus* on the state than one who pleads not guilty but admits all but one of the material facts constituting the relevant offence . . ."[18]

Daar word aan die hand gedoen dat *Jordan* se saak streng tegnies moeilik aan te val is, aangesien die hof in die soort geval daar ter sprake sal moet gelas dat 'n pleit van skuldig namens 'n beskuldigde, moontlik teen sy wens, genotuleer moet word, maar dat die *Peterson*- en *De Wet*-beslissings meer

---

[17]bl 889 van die verslag; ek kursiveer.
[18]per r Van den Heever in *Peterson* 502H–503A.

ooreenkom met die bedoeling van die wetgewer. Daar kan tog nie vir Jordan gesê word nie: Jy pleit onskuldig, maar bedoel eintlik om skuldig te pleit. Daarom notuleer ek 'n pleit van skuldig.[19]

'n "Omseiling" van a 258 geskied egter in die praktyk meesal deurdat die aanklaer en die beskuldigde se regsverteenwoordiger vooraf samesprekings voer met die bedoeling om tyd te bespaar. Indien dit dan sou blyk dat die beskuldigde skuld wil erken, word hy versoek om onskuldig te pleit en erkennings te maak ten aansien van elemente wat andersins moeilik of met groot ongerief deur die staat bewys moet word. Die doel van a 258 is tog maar om te verseker dat 'n beskuldigde wat inderdaad geen misdryf of nie die betrokke misdryf gepleeg het nie, nie skuldig bevind word nie.[19] Dit sou tog nie gebeur indien hy 'n regsverteenwoordiger het nie. By 'n onverteenwoordigde beskuldigde behoort die hof besonder versigtig te werk te gaan en behoort die hof duidelik vas te stel of hy sy pleit verstaan en of hy weet wat die inhoud en gevolge van sy erkennings is.

Daar word dus aan die hand gedoen dat al drie sake weens hulle besondere aard en feite tegnies korrek beslis is, maar dat die *ratio* in *Peterson* en *De Wet* se sake, te wete 'n ondersoek na die werklike bedoeling van die beskuldigde se pleit en of hy 'n dispuut met die staat het onnodig is en in die praktyk probleme kan veroorsaak. As 'n beskuldigde weet wat sy pleit behels en om 'n tegniese rede onskuldig wil pleit, laat hom dit doen al het hy subjektief geen dispuut met die staat nie.

P M BEKKER
Universiteit van Pretoria

DIE AFNEEM VAN BEKENTENISSE DEUR LANDDROSTE

'n Beskuldigde het onlangs die volgende verklaring voor 'n landdros afgelê: "Ek het by die plek ingebreek. Ek het verder niks te sê nie." Die beskuldigde het later voor 'n streekhof tereggestaan dat hy op 'n sekere datum by X se huis ingebreek het. Hy pleit onskuldig op die aanklag en betwis nie sy verklaring voor die landdros nie, maar betoog dat dit geen getuieniswaarde teen hom het nie. Hy word gelyk gegee en by ontstentenis van genoegsame ander getuienis word hy vrygespreek.

Die vraag het nou ontstaan of 'n landdros, by die afneem van 'n verklaring soos hierbo gemeld, 'n passiewe rol moet vervul en slegs die *ipsissima verba* van die beskuldigde moet afneem en of hy geregtig is om vrae ter opheldering van die verklaring te stel. Is hy byvoorbeeld geregtig om die deponent te vra *waar* en *wanneer* hy ingebreek het?

Sover vasgestel kan word, is daar gesag na beide kante.

In *Rex v Jonas* 1928 TPD 520 het drie beskuldigdes voor regter Solomon en twee assessore in die rondgaande hof te Louis Trichardt tereggestaan

---

[19]Dit is dan ook die rede vir die bepalings van a 112(1)(b) van die konsep-strafproseswet 1972 (SK nr R2231 van 10 Desember 1971).

weens moord. Al die beskuldigdes het bekentenisse voor vrederegters afgelê. Uit die getuienis blyk daar dat die vrederegters "admitted in evidence that by means of question and answer they had sought to keep the confession relevant and to prevent digressions on the part of the accused." (523). Oor hierdie optrede van die vrederegters laat r Solomon hom soos volg uit (op 524):

> "Unfortunately there is no definition of 'confession' in the Criminal Code, Act 31 of 1917, but I cannot help thinking that the confession contemplated is a confession made by an accused in his own words and without any interference with his mind from without. It is perfectly true, as Mr *Heather* says, that a confession made by a native unassisted might lead to almost endless verbiage, and I might go further and say that it might end by never coming to the point at all. That is one reason why it is so important that the confession of a raw native should be carefully scrutinised. He might, after his rigmaroling talk before the proper officer, end up by never making the confession which he set out to make, and in that case he would never have committed himself. He is entitled not to commit himself and to be unembarrassed by a confession when he pleads not guilty. Now if his vague and irrelevant mind is being, though quite fairly, headed off from digressions and irrelevancies by questions on the part of the person who is taking his confession, he may be steadily forced towards the point which in fact he wishes to avoid."

Die regter vervolg (op 525):

> ". . . but I think when it comes to the narrative part, the accused must be left entirely to himself, and if he chooses to wander and never come to a point, then he has never made a confession. . . . I think the native mind must be left to run in its own channels in such a grave matter as a confession of murder.
>
> ". . . I cannot be too careful in insisting that any confession which is produced must be actually in the words of the person who made it and I think I ought to say he should not be assisted in the telling of his story."

Hierdie benadering is met goedkeuring deur regter Wynne aangehaal in *R v Ndoyana* 1958 2 SA 562 (OK) 569A.

In dieselfde saak verklaar rp De Villiers (564G):

> "The statement of an accused person purporting to be a confession should be recorded exactly as given by him. The whole of it should be given and in the *ipsissima verba*. Having satisfied himself that the prerequisites of sec 244 of the Code are satisfied, the magistrate or justice of the peace should record word for word what the accused says. He should not act as editor."

In *R v Richard* 1963 3 SA 471 (FC) beslis hr Clayden dat 'n bekentenis "(must be) made by the accused in his own words, at least substantially" (478F). Die hof verwys na die *Jonas*-saak en beslis dat die bekentenisse om die volgende redes nie toelaatbaar is nie:

> "But what was written, and agreed to, was not the statements of the accused. It was to a large extent a recording of an interrogation. A coherent, chronological, detailed story was produced from each."

Daar blyk duidelik uit die voormelde gewysdes dat die beamptes voor wie die bekentenisse afgeneem is sodanige verklarings as't ware juridies vir die hof persklaar gemaak het. En juis hierin het hulle gesondig. Hulle het nie net vrae ter opheldering gestel nie maar 'n gedokterde weergawe van die bekentenisse aan die hof opgedis.

In *R v Kamukosi* 1964 1 SA 302 (SR) het wnr Hathorn die beslissing in die *Richard*-saak ook gaan uitbrei na verklarings deur 'n beskuldigde wat nie

op bekentenisse neerkom nie, maw die hof beslis dat selfs 'n verontskuldigende verklaring deur die beskuldigde ook in *ipsissima verba* aangebied moet word. Hoffmann *SA Law of Evidence* 2e uitg 171 n 10 verwys na die laaste twee beslissings en sê:

> "Rhodesian courts went through a spasm of holding that failure to reproduce the accused's *ipsissima verba* made any statement wholly inadmissible . . . but got back to the rails again with *R v Jairos* 1966 2 SA 350 (RAD)".

Hoofregter Beadle verwys in hierdie saak na die *Richard*- en *Kamukosi*-saak en laat hom dan (op 352A) soos volg hieroor uit:

> "What the Court has to decide is not whether or not the statement was elicited by questioning, but whether it can be truly said to represent the accused's statement. A statement may be elicited by questioning but it still may be the statement of the person making it if the questioner has not put the words into the mouth of the maker of the statement."

Ons appèlhof het ook in *S v Cele* 1965 1 SA 82 na die voormelde gewysdes verwys. Die hof het daar te doene gekry met 'n verklaring van 'n beskuldigde wat nie 'n bekentenis was nie, maar wat die beskuldigde tog nadelig kon tref indien dit toelaatbaar sou wees. Appèlregter Williamson wys daarop (97G) dat sodanige verklarings nie deur artikel 244 van die strafkode gedek word nie. Hy wys egter daarop dat reeds in *R v Burton* 1946 AD 773 beslis is dat, ingevolge die gemene reg, sulke verklarings deur 'n beskuldigde nog steeds vry en bereidwillig gemaak moet word alvorens dit as getuienis teen hom toelaatbaar is. Die hof sê dat die verklaring nie ontoelaatbaar word indien die *ipsissima verba* van die beskuldigde nie neergeskryf word nie en vervolg (98B):

> "If it is satisfied that what is repeated is substantially the effect, and the full effect, of what the accused said, the Court can act upon it. Despite this position, it is still nevertheless desirable that a person who is engaged, upon the task of reducing to writing a statement by a suspect or an accused, should try to reproduce such statement as nearly as possible in the exact words of the declarent."

In sy boek *The Law of Evidence* 3e uitg 268–9 verwys Scoble ook na die *Jonas*-saak. Die skrywer wys daarop dat die korrektheid van hierdie saak in *Rex v Nchabeleng* 1941 2 PH H166 (T) bevraagteken is en vervolg:

> ". . . there appears to be considerable authority for the proposition that the fact that the confession was elicited by questions does not of itself establish that the confession was not made voluntarily, unless the questions are such as to convey some inducement, or threat, or unless there are some other circumstances present, such as force or violence or browbeating."

Regter Schreiner het in die *Nchabeleng*-saak beslis dat die blote feit dat 'n ongekunstelde Bantoe na arrestasie 'n bekentenis maak nie sonder meer die verdenking kan laat ontstaan dat die bekentenis onvrywillig gemaak is nie. Dit sal oa van die tipe beskuldigde afhang en die aard en omvang van die dwang of oorreding wat op hom toegepas word. Die regter vervolg:

> ". . . provided no inducement comes from an external source, which external source in my opinion must be a person in authority, the confession is not rendered inadmissible. The fact of the accused person finding reasons himself, which may be reasons of anxiety or even reasons describable as fear, will not, in my view, be sufficient to lead one to doubt that the statement was freely and voluntarily made."

In *R v Afrika* 1949 3 SA 627 (O) het 'n landdros 'n bekentenis van die beskuldigde afgeneem tov aanranding. Na voltooiing van die bekentenis stel die landdros die volgende twee vrae aan die deponent:

(1) wanneer is jy gearresteer? en

(2) op welke datum het jy die misdaad gepleeg? (bl 632).

Die beskuldigde het (skynbaar vrywilliglik) die twee datums verstrek. Met 'n beroep op die *Jonas*-saak is betoog dat hierdie optrede van die landdros onreëlmatig was en dat die bekentenis as gevolg daarvan nie toelaatbaar was nie. Die hof oordeel egter dat daar niks onreëlmatigs in die optrede van die landdros was nie en die bekentenis word toegelaat.

Om terug te keer na die vraag wat in die derde paragraaf hierbo geopper is. Daar word aan die hand gedoen dat 'n landdros voor wie 'n beskuldigde 'n "bekentenis" wil aflê nie maar net 'n rubberstempel is wat vir die deponent as scriba moet optree nie. Die verklaarder erken tog immers dat hy ingebreek het. Dit kan wees dat hy regmatiglik ingebreek het in welke geval hy nie 'n oortreding gepleeg het nie. En dan behoort die staatsaanklaer te oorweeg om die regsproses daar en dan te stop.

Dit kan wees dat hy wederregtelik ingebreek het met die doel om 'n misdaad te pleeg. In daardie geval het die landdros die reg om hom te vra waar en wanneer hy ingebreek het mits hy vooraf gewaarsku word dat hy nie nodig het om hierop te antwoord nie. Indien die deponent hierdie vrae vry en bereidwillig beantwoord val die optrede van die landdros vierkant binne die bepalings van artikel 244(1) van die strafkode. Weier die deponent om hierdie vrae te beantwoord dan is dit daarnatoe. Landdroste is oor die algemeen te besig om deur beskuldigdes met niksseggende verklarings lastig geval te word.

Ter opsomming:

(1) Dit is wenslik om die inhoud van die deponent se verklaring in die *ipsissima verba* neer te skrywe.

(2) Indien dit nie gedoen word nie beteken dit nie dat die verklaring juis as gevolg daarvan nie toelaatbaar word nie. Daar is geen onwrikbare reël van Mede en Perse dat die verklaring woordgetrou uit die mond van die deponent neergepen moet word nie.

(3) Die landdros moet egter noulettend toesien dat die verklaring, sowel wat inhoud as vorm betref, in wese dié van die deponent is en nie 'n geredigeerde weergawe van die landdros nie.

(4) Die landdros mag wel enkele goedgekose vrae ter opheldering aan die deponent stel ten einde te verseker dat die verklaring nie in 'n sinnelose bontpratery ontaard nie.

(5) Wanneer opheldere vrae gestel word – en hulle moet in die reël so skaars soos die spreekwoordelike hoendertande wees – moet die deponent altyd vooraf na luid van artikel 244(1) van die strafkode gewaarsku word dat hy nie daarop hoef te antwoord as hy nie wil nie – die voormelde artikel vereis immers dat 'n bekentenis vry en bereidwillig gemaak moet word.

Ten slotte meen ek dus dat die beslissing in *Rex v Jonas* (supra) ons reg op hierdie punt nie korrek weergee nie en dat dit slegs van toepassing is op daardie verklarings waarin die landdros 'n hoofrol vertolk en die deponent se verklaring vir hom redigeer en persklaar maak.

C F KLOPPER
Landdros, Pretoria

DE MISSCHIEN WEL MOEILIJKSTE VRAAG IN HET RECHT IS: WAT IS RECHT?

Die vraag wordt nog ingewikkelder wanneer men Van Dale naslaat. Daar staat recht omschreven als rechtvaardigheid, gerechtigheid, maar ook als wat wij juristen positief recht noemen. Men stuit ogenblikkelijk op de grondbegrippen geldend recht en wenselijk recht, waarbij ik aanteken, dat wenselijk recht is wat rechtvaardig, wat billijk is.

Over de dialectische verhouding - dus niet tegenstelling - van geldend en wenselijk recht heeft Paul Scholten vele keren gesproken en vooral geschreven. Hij is tot de boden van deze materie gegaan en zijn conclusie is, dat er een altijddurende wisselwerking bestaat tussen wat is en wat moet zijn, ja nog moeilijker, dat wat is mede (maar in een niet te preciseren mate) wordt bepaald door wat moet zijn.

Wie bepaalt? Natuurlijk allereerst de wetgever; de grote problemen ontstaan pas wanneer de rechter *moet gaan bepalen wat rechtens is. Dat wordt hierom moeilijker, doordat de wetgever soms te traag is om datgene wat is te vervangen en soms met behulp van blanketnormen zijn taak aan de rechter delegeert. In beide gevallen houdt de rechter op een "bouche de la loi" te zijn en is hij verplicht recht te gaan zoeken en te vinden.*

De alsdan door hem te volgen werkwijze die Scholten aangeeft, vat Bregstein aldus samen: "Volgens deze methode is de wet ongetwijfeld een bij uitstek gezaghebbende bron van recht, doch krachtens zijn aard een bron, die den rechter niet ontlast van de plicht om zich in elk concreet geval van de rechtvaardigheid van zijn uitspraak binnen het kader van het geldende rechtssysteem rekenschap te geven."

Hiermee is het uiterst vage, ingewikkelde en daardoor prikkelende terrein dat men rechtsvinding *noemt betreden. Waarom zeg ik vaag? De rechter verlaat immers zijn veilige beschutting die de wet hem biedt en moet gaan zoeken en vinden.*

Hoe zoekt hij en wat vindt hij? Het exacte antwoord is nog niet gegeven. De benadering is nu eens filosofisch - en dit dan aan de hand van talloze verschillende richtingen in de rechtsfilosofie - dan weer praktisch. Een eenvoudige werkwijze voor de rechtsvinding is nooit gegeven. Ik wil pogen hieromtrent wat inleidende gedachten te geven, waarbij ik vooropstel, dat ek niet allereerst rechtsfilosofische pretentie koester, maar zoveel als mogelijk is wil ijveren voor dit ene doel, dat volgens mij de rechter dient na te streven, te weten het geven van een in casu billijke beslissing.

Mr P Abas Beperkende werking van de goede trouw

Vonnisse

S v PRETORIUS 1975 2 SA 85 (SWA)

Noodtoestand – Aard van

Die beskuldigde en sy vrou het ontdek dat hulle kind van ongeveer twee jaar in hulle afwesigheid 'n aantal "disprin"-pille ingekry het. Uit vrees vir die kind se lewe wou hulle hom so spoedig moontlik by 'n hospitaal kry. Op pad word hulle in 'n snelstrik betrap. Die beskuldigde staan tereg dat hy ingevolge 'n statutêre bepaling die spoedgrens buite 'n stedelike gebied oorskry het en word in die landdroshof skuldig bevind.

Op hersiening is op versoek van die regterpresident die volgende vrae voor die hof beredeneer, te wete of die skuldigbevinding deur die getuienis geregverdig is en, indien wel, of 'n ligter vonnis nie opgelê moes gewees het nie. Wnr Le Grange beantwoord eersgenoemde vraag ontkennend en wel omdat die beskuldigde volgens hom in noodtoestand opgetree het (op 87E en 89–90).

Ten einde tot hierdie slotsom te kom, wys die regter in eerste instansie daarop, mbt die vraag of noodtoestand die onregmatigheid dan wel die skuld van die dader uitsluit, dat "niks te vinde [is] in die aangehaalde uitsprake of in enige ander gewysdes . . . wat as gesag kan dien vir die stelling dat noodtoestand nie ook as 'n 'regverdigingsgrond' beskou kan word nie" (op 88F). Die regter aanvaar die vereistes en toets vir dié regverdigingsgrond soos neergelê deur Burchell en Hunt (*SA Criminal Law and Procedure* 285 291) (op 89C–E):

> "For an act to be justified on the ground of necessity (a) a legal interest of the accused must have been endangered (b) by a threat which had commenced or was imminent but which was (c) not caused by the accused's fault; and, in addition, it must have been (d) necessary for the accused to avert the danger, and (e) the means used for this purpose must have been reasonable in the circumstances.
>
> "Since necessity goes to show whether or not the accused's act was unlawful, subject to the qualification mentioned in the next paragraph, the test is objective. Each of the requirements of the defence is judged by *the standard of the reasonable man*, the accused's beliefs being relevant only to the question of whether a reasonable man would have entertained them. However, as in the case of private defence, *the court will put itself in the position of the accused at the material time so that the matter is assessed objectively in the particular circumstances of the case.*" (My kursivering).

Deur hierdie toets en vereistes op die feite van die onderhawige geval toe te pas, bevind die regter dat die beskuldigde in noodtoestand opgetree het en stel die skuldigbevinding ter syde (op 89–90).

Myns insiens was daar egter nie van noodtoestand as regverdigingsgrond in die onderhawige omstandighede sprake nie. Die toets om te bepaal of 'n noodtoestand bestaan, is *objektief* (De Wet en Swanepoel *Die Suid-*

Afrikaanse Strafreg 1960 77) en behoort dus te geskied met verwysing na die omstandighede wat *werklik* aanwesig was en die gevolge wat *werklik* ingetree het (vgl Van Rensburg *Normatiewe Voorsienbaarheid as Aanspreeklikheidsbegrensingsmaatstaf in die Privaatreg* 1972 19 vn 64). Word die feite van die onderhawige geval aan die hand van hierdie toets beoordeel, blyk dit dat die belange van die beskuldigde, nl die lewe van sy kind, nooit werklik in gevaar was nie. (Die kind het nl op die dag van die oortreding niks oorgekom nie. Ook was die enigste simptome wat *moontlik* aan die oormaat pille toegeskryf kon word, maagwerkings die volgende dag: vgl 86H.) 'n Noodtoestand, wat die wederregtelikheid van die daad ophef, ontbreek dus. Dat die regter die aanwesigheid van 'n noodtoestand nie op hierdie wyse objektief beoordeel nie, blyk duidelik waar hy sê:

> "[D]ie gevaar was dreigend en voor die deur. Die feit dat die kind eers die volgende dag simptome getoon het wat na 'n oormaat van inneming van "disprins" herlei kan word doen geen afbreuk aan die toestand wat geheers het toe die kind die pille ingekry het nie; as 'n slang 'n kind pik en dit kan nie onmiddellik vasgestel word dat die slang nie giftig is nie ontstaan daar 'n noodtoestand wanneer die kind gepik word.
>
> "[D]ie waarskynlikhede was dat onheil die kind sou tref en dat dit ernstig van aard sou wees indien die kind nie gou na 'n geneesheer of 'n hospitaal geneem word nie. Hoe groter die gevaar hoe meer noodsaaklik het dit vir die persoon wat die gevaar kon bekamp geword om vinnig op te tree."

Die regter neem gevolglik nie die *werklik* ingetrede gevolge in ag nie, maar die *waarskynlike* gevolge waarvoor die dader op die oomblik van die "dreigende onheil" (wat agterna denkbeeldig blyk te wees) te staan gekom het.

Deur sodanig te werk te gaan, maw deur die hof in die posisie van die dader te plaas en dan objektief te beoordeel wat die redelike man in die omstandighede sou gedoen het (sien Burchell en Hunt supra en vgl die regter se beredenering op 89H–90A), word die toets vir wederregtelikheid (noodtoestand) aan dié vir nalatigheid (putatiewe noodtoestand) gelykgestel. Die toets vir nalatigheid is immers ook dié van die redelike man (sien *R v Meiring* 1927 AD 41 47 en vgl De Wet en Swanepoel aw 141). Myns insiens lê die onderskeid tussen nalatigheid en wederregtelikheid juis daarin dat terwyl nalatigheid dmv 'n *prognostiese* toets met die redelike man as uitgangspunt beoordeel word, wederregtelikheid dmv 'n objektiewe *diagnose* bepaal word (vgl Van Rensburg supra).

Die feit dat 'n noodtoestand in die onderhawige geval ontbreek en die beskuldigde dus wederregtelik opgetree het, beteken egter nie dat 'n skuldigbevinding sonder meer geregverdig is nie. Daarvoor moet minstens ook *mens rea* aanwesig wees (vgl *S v Sibitane* 1973 2 SA 593 (T) en *S v Fouche* 1974 1 SA 96 (A) mbt verkeersoortredings). Myns insiens ontbreek *mens rea* in die vorm van sowel opset as nalatigheid en behoort die beskuldigde om hierdie rede vry uit te gaan. Aangesien die beskuldigde te goeie trou geglo het dat 'n noodtoestand bestaan (vgl 89H–90A van die verslag), ontbreek wederregtelikheidsbewussyn en dus opset (De Wet en Swanepoel aw 138 en Burchell en Hunt aw 291). Ook is nalatigheid by hom afwesig aangesien hy, soos die hof inderdaad bevind het, soos 'n redelike man in die omstandighede opgetree het. (Vgl in die algemeen ar Wessels se minderheids-

uitspraak in *S v Goliath* 1972 3 SA 1(A) op 35B–G en veral 37F–G mbt putatiewe noodtoestand by die doodslag van 'n mens.)

J NEETHLING
Universiteit van Suid-Afrika

QUADRANGLE INVESTMENTS HOLDINGS (PTY) LTD v WITIND HOLDINGS LTD 1975 1 SA 572 (A)

Wet 46 van 1926 – Voorskrif in akte wat wettiglik in statute kon verskyn –A 11bis – Ultra vires – Eenparige instemming.

Quadrangle Investments Ltd was die volfiliaal van Witind Holdings Ltd. W skuld aan Q 'n bedrag van min of meer R51 000. Onderhandelinge word gevoer tussen Q en ene R ingevolge waarvan Q sy onroerende bates aan R sou verkoop. Met verloop van tyd word egter mondeling ooreengekom dat in stede daarvan om die bates aan te koop 'n maatskappy genomineer deur R al die aandele gehou deur W teen 'n bedrag van R46 000 sou oorneem. Op sy beurt waarborg W dat Q geen ander skulde het nie en geen bates behalwe die genoemde onroerende bates nie. Om uitvoering te gee aan hierdie waarborg bewerkstellig W – as enigste aandeelhouer van Q – 'n dividendverklaring deur laasgenoemde as gevolg waarvan 'n dividend van R51 000 uit die kapitaalreserwe verklaar word. (Die kapitaalreserwe bestaan uit winste deur Q gemaak by die verkoop van sekere beleggings). As gevolg van die feit dat W die enigste aandeelhouer is, is hierdie bedrag aan hom alleen verskuldig. Skuldvergelyking vind plaas en sodoende word die vorderingsreg uitgewis wat Q teen W het. Uitvoering word gegee aan die ooreenkoms en R neem deur middel van sy genomineerde al die aandele in Q oor. Met verloop van tyd beweer Q dat W nog die R51 000 verskuldig is en eis dit van hom. As rede word aangevoer dat die skuldvergelyking ongeldig is aangesien dit na bewering *ultra vires* van Q is om aldus dividende uit sy kapitaalreserwe te betaal. Klousule 2(e) van Q se akte van oprigting bepaal naamlik dat een van die doelstellings van Q is: "To sell, realise and vary in any manner whatsoever any investments made by the company from time to time . . .; provided always that any surplus or profits resulting therefrom shall be credited to capital reserve . . . and shall not be regarded as profits arising from the business of the company, and therefore, shall not be treated as revenue available for the payment of dividends."

W verweer hom deur aan te voer dat die voorbehoudsbepaling wat betrekking het op die wyse waarop gerealiseerde winste aangewend mag word 'n voorskrif is wat geldiglik in die statute in plaas van die akte kon verskyn het. Gevolglik kan dit ingevolge a 11bis deur middel van 'n spesiale besluit gewysig word. Daar word erken dat geen sodanige wysiging plaasgevind het nie. Nietemin het al die aandeelhouers deur middel van eenparige instemming besluit om *ad hoc* van die voorskrif in die akte af te wyk en derhalwe is die dividendverklaring geldig. (Geen bewering is gemaak dat die statute deur die eenparige instemming gewysig is nie – daarvoor sou ten minste registrasie van 'n spesiale besluit nodig wees. *Gohlke & Schneider v Westies Minerale Bpk* 1970 2 SA 685 (A)).

In die hof *a quo* (1974 3 SA 364 (Q)) oorweeg regter Galgut hierdie aangeleentheid en beslis ten gunste van die verweerder. As uitgangspunt bevind hy dat die voorskrif wat betrekking het op dividenduitkerings nie 'n doelstelling ("an object") van die maatskappy vorm nie, maar bloot 'n magtiging ("a power") daarstel. As sodanig kon dit geldiglik net sowel in die statute verskyn het en derhalwe is a 11bis van toepassing. (Myns insiens sou dit, met respek, suiwerder wees om te redeneer dat hierdie voorskrif nie betrekking het op die vermoë en bevoegdheid van die maatskappy nie, maar bloot 'n beperking bevat op die bevoegdheid van die direksie en aandeelhouers en aldus deel kan vorm van die statute). Daar die betrokke bepaling in die statute kon verskyn het, is optrede in stryd daarmee nie *ultra vires* en nietig nie (bl 369 van die verslag). Gevolglik kon die partye deur middel van eenparige instemming besluit om in 'n gegewe situasie daarvan af te wyk.

Op appèl word die beslissing van die hof *a quo* deur appèlregter Trollip tersyde gestel. Weer eens word as uitgangspunt aanvaar dat die bepalings in verband met dividenduitkerings in die statute vervat kon gewees het (bl 573 en 582 van die verslag). In kort kan die *ratio decidendi* as volg saamgevat word: Aangeleenthede in die akte van oprigting van 'n maatskappy uiteengesit kan alleen ooreenkomstig die voorskrifte van die Maatskappywet gewysig word. Wysigings ingevolge a 11bis moet geskied deur middel van 'n spesiale besluit. Die eenparige instemming van al die aandeelhouers kan nie so 'n wysiging bewerkstellig nie. Word in stryd met die voorskrifte van die akte van oprigting opgetree, is die handeling *ultra vires* en nietig en selfs voorafgaande eenparige instemming of latere eenparige rektifikasie kan nie optrede wat *de novo* nietig was met regskrag bedeel nie. Voorafgaande is van toepassing op enige voorskrif wat in die akte verskyn – selfs al sou dit wettiglik in die statute uiteengesit kon gewees het. Derhalwe is die dividenduitkerings in stryd met die statute *ultra vires* en nietig en kan W hom nie op skuldvergelyking beroep nie.

Alvorens bogenoemde *ratio decidendi* kortliks in oënskou geneem word, moet daarop gewys word dat hierdie saak nog onder die ou Maatskappywet (46 van 1926, soos gewysig) beslis is en dat onder die nuwe Maatskappywet (61 van 1973, soos gewysig) die *ultra vires*-leerstuk aansienlik afgewater is. Ek kom aanstons hierop terug.

Dit is, met respek, volkome korrek dat a 9 van die eertydse Maatskappywet die verandering ("alter" in die Engelse teks) van die akte slegs toelaat onder omstandighede soos deur dié wet voorgeskryf. In die lig van die besondere feite van hierdie saak is dit egter duidelik dat die partye nie voorgee die akte te wysig nie, maar dat hulle slegs vir doeleindes van die spesifieke geval daarvan afwyk. Aangesien dit nie 'n wysiging daarstel nie is die maatskappy wat toekomstige optrede betref nog steeds aan die akte in sy oorspronklike vorm gebonde. Streng gesproke was dit dus nie nodig om standpunt in te neem oor die vraag of eenparige instemming 'n wysiging kan bewerkstellig nie. (Myns insiens bestaan daar, met respek, geen rede waarom 'n besluit geneem deur eenparige instemming, *gevolg deur registrasie*, nie ewe geldiglik die nodige wysiging kan teweegbring nie. Cilliers & Benade *Maatskappyereg 1974 Noteerder*, maar *contra* Beuthin "The Principle of Unanimous Assent" 1974 *SALJ* 2 *et seq.*)

'n Vraag wat onvermydelik ontstaan, is of dit wenslik is om die *ultra vires*-leerstuk op hierdie stadium uit te brei na alle voorskrifte in die akte van oprigting uiteengesit? Tradisioneel het die *ultra vires*-leerstuk betrekking op die vermoë of bevoegdheid van die maatskappy. (Gore-Brown *On Companies* 26). Regsgeldiglik kan 'n maatskappy alleen handelinge verrig wat uitdruklik of by implikasie in die doelstellingsklousule gemagtig is. Aldus bepaal die doelstellingsklousule die bestaansfeer van die maatskappy. 'n Handeling wat nie hiervolgens gemagtig is nie val buite die vermoënsfeer van die maatskappy en is nietig. Dit is nie vir ratifikasie vatbaar nie en nie eens die eenparige instemming van al die aandeelhouers het hierop enige effek nie. (*Ashbury Railway Carriage & Iron Company v Riche* (1875) LR 7 HL 653). Die enigste wyse waarop so 'n handeling met regskrag bedeel kan word, is deur die akte op die voorgeskrewe wyse te wysig en die handeling *de novo* aan te gaan.

Nou is dit egter duidelik dat al die voorskrifte in die akte van oprigting en selfs dié in die doelstellingsklousule nie noodwendig betrekking het op die vermoë of bevoegdheid van die maatskappy nie. So byvoorbeeld word in a 11bis erken dat voorskrifte wat wettiglik in die statute tuishoort in die akte kan verskyn. 'n Tipiese voorbeeld hiervan is 'n uiteensetting in die akte van die regte wat aan bepaalde klasse aandele verbonde is. Voorskrifte van hierdie aard het geen betrekking op die vermoënsfeer van die maatskappy nie maar reël aangeleenthede van interne belang, te wete die verhouding tussen aandeelhouers onderling en tussen aandeelhouers en die maatskappy. Op soortgelyke wyse kan die akte in buitengewone gevalle selfs voorskrifte bevat betreffende die wyse waarop direkteure bepaalde bevoegdhede moet uitoefen. Weer eens handel dit nie oor die vermoë van die maatskappy nie, maar oor die omvang van die volmag van sy verteenwoordigers. Moet voorskrifte van hierdie aard nou bloot vanweë die feit dat dit in die akte verskyn onder die onbillike werking van die *ultra vires*-leerstuk betrek word? 'n Bevestigende antwoord sou tot gevolg hê dat 'n handeling in stryd met die betrokke voorskrif sonder meer nietig is, nie vir ratifikasie vatbaar is nie en die partye ook nie deur middel van eenparige instemming daarvan mag afwyk nie.

Kragtens gewone beginsels is optrede in stryd met voorgeskrewe klasregte nie *per se* nietig nie. Die benadeelde kan egter ingevolge die kontraktuele verhouding vervat in a 16 (tans a 65(2)) die maatskappy *ex contractu* dwing om hom by die konstitusie te hou en sodoende die nietigverklaring van die gewraakte besluit bewerkstellig. (Vergelyk byvoorbeeld Palmer *Company Law* 498 ev). Dit behoort aandeelhouers egter vry te staan om in 'n besondere situasie eenparig van die betrokke voorskrif af te wyk – selfs onder omstandighede waar die akte die wysiging van klasregte verbied. Eerstens is so 'n voorskrif ter beskerming van die betrokke aandeelhouers daargestel en tweedens is 'n afwyking deur eenparige instemming immers nie 'n wysiging van klasregte nie. Die partye kom slegs eenparig ooreen om nie in die gegewe geval hul onderlinge regte af te dwing nie (Gower *Modern Company Law* 508). Dit geld net vir die betrokke geval en toekomstige maatskappyoptrede of aandeelhouers word nie hierdeur benadeel nie. As gevolg van sodanige *ad hoc* afstanddoening van regte is optrede in stryd met die akte onaanvegbaar en is die partye daaraan gebonde. Daar bestaan

geen beginselgrondslag waarom optrede van hierdie aard as *ultra vires* en nietig bestempel moet word nie. Die vermoënsfeer van die maatskappy het hier geen rol te speel nie. (In die *Gohlke*-saak (supra) is op bladsy 692 die standpunt ingeneem dat onderlinge afwyking toelaatbaar is met betrekking tot voorskrifte in die statute vervat *mits* die uiteindelike resultaat steeds *intra vires* die maatskappy is. Aangesien dit in die geval van 'n afwyking van klasregte – selfs al is dit in die akte uiteengesit – handel oor interne verhoudings en nie oor die bevoegdheid van die maatskappy nie behoort *ad hoc* afwykings nie in stryd met die *ultra vires*-leerstuk te wees nie.)

Hierdie aangeleentheid word selfs beter geïllustreer ten opsigte van direksieoptrede in stryd met volmagbeperkings in die akte. Veronderstel die leningsbevoegdheid van die maatskappy word in die akte vasgestel op R500 000 en daarbenewens word bepaal dat die besturende direkteur nie meer as R100 000 namens die maatskappy mag leen nie. 'n Lening van R200 000 word deur die besturende direkteur namens die maatskappy aangegaan. Dit is nou wel in stryd met die besturende direkteur se volmag, maar nie *ultra vires* die maatskappy nie. Kragtens die werking van die leerstuk van toegerekende kennis (*doctrine of constructive notice*) sal die derde nie die maatskappy hieraan gebonde kan hou nie, maar dit sou die maatskappy vrystaan om die handeling van die besturende direkteur te ratifiseer. Word die leningsbevoegdheid van die besturende direkteur op die voorgeskrewe wyse beperk, maar daar word verder bepaal dat hierdie bedrag met die toestemming van die direksie oorskry kan word, behoort die derde te goeie trou met beroep op die *Turquand*-reël of estoppel beskerming teenoor die maatskappy verleen te word. Om die lening onder dergelike omstandighede as *ultra vires* te bestempel, ontneem die derde die beskerming wat hy aan laasgenoemde twee leerstukke ontleen en bowendien word ratifikasie deur die maatskappy onmoontlik gemaak.

Toegepas op die feite van die *Quadrangle*-saak wil dit voorkom asof die voorskrif met betrekking tot dividenduitkerings nie betrekking gehad het op die vermoë en bevoegdheid van die maatskappy nie, maar slegs beperkings geplaas het op die bevoegdheid van die direkteure of aandeelhouers. As sodanig behoort die onafdwingbaarheid van die dividendverklaring nie aan die hand van die *ultra vires*-leerstuk verklaar te word nie.

Ten slotte kan die vraag gestel word of hierdie aangeleentheid vir die huidige nog van enige belang is gesien die afwatering wat die nuwe Maatskappywet ten opsigte van die *ultra vires*-leerstuk bewerkstellig het? Die antwoord hierop is dat die presiese trefwydte van a 36 tot heelwat onsekerheid aanleiding gee. Enersyds kan geredeneer word dat die *ultra vires*-leerstuk in sy geheel afgeskaf is sodat aandeelhouers slegs ingevolge a 65(2) die maatskappy kan dwing om binne die grense van sy vermoënsfeer te handel. (Sonder om daardeur egter die geldigheid van 'n bestaande kontrak aan te tas). Andersyds kan aangevoer word dat die leerstuk nog steeds interne werking behou. Indien laasgenoemde die geval is, sal dit beteken dat by regshandelinge tussen die maatskappy en aandeelhouers of direkteure in hul hoedanigheid as derdes wat met die maatskappy kontrakteer die *ultra vires*-leerstuk in al sy starheid nog steeds aanwending sal vind. (Sien Naudé "Company Contracts: The Effect of s 36 of the New Act" 1974

SALJ 325 en Cilliers & Benade *Maatskappyereg 1974 Noteerder* 11). In laasgenoemde geval sal die nadelige gevolge hierbo bespreek intree ten opsigte van alle optrede in stryd met enige voorskrif in die akte.

M J OOSTHUIZEN
Randse Afrikaanse Universiteit

NUCLEAR TEST CASE (AUSTRALIA v FRANCE) JUDGEMENT OF 20 DECEMBER 1974, 1974 ICJ REPORTS 253

On 9 May 1973 Australia instituted proceedings against France in respect of a dispute concerning the holding of atmospheric tests of nuclear weapons by the French Government in the Pacific Ocean. The Australian Government asked the court to adjudge and declare that the carrying out of further atmospheric nuclear weapons' tests in the South Pacific Ocean was not consistent with applicable rules of international law, and to order that the French Republic should not carry out further such tests. On the same date the Australian Government asked the court to indicate interim measures of protection.

In a letter from the ambassador of France to the Netherlands, handed to the registrar of the court on 16 May 1973, the French Government stated that it considered that the court was manifestly not competent to hear the case and that it could not accept the court's jurisdiction. Accordingly the French Government did not intend to appoint an agent and requested the court to remove the case from its list.

On 23 June 1973 the court, by 8 votes to 6, made an order indicating, pending its final decision, the following provisional measures of protection:

> "The Governments of Australia and France should each of them ensure that no action of any kind is taken which might aggravate or extend the dispute submitted to the Court or prejudice the rights of the other Party in respect of the carrying out of whatever decision the Court may render in the case; and, in particular, the French Government should avoid nuclear tests causing the deposit of radio-active fall-out on Australian territory." (Press Release ICJ 329, 25 June 1973).

At the same time the court stated that it was unable to accede, at that stage of the proceedings, to the request made by the French Government that the case be removed from the list, but that this decision in no way prejudged the question of the jurisdiction of the court to deal with the merits of the case, or any question relating to the admissibility of the application, or relating to the merits themselves.

On 20 December 1974, the court delivered judgement in the case and by 9 votes (president Lachs, judges Forster, Gros, Bengzon, Petrén, Ignacio-Pinto, Morozov, Nagendra Sing and Ruda of whom judges Forster, Gros, Petrén and Ignacio-Pinto appended separate opinions) to 6 (judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga, Sir Humphrey Waldock, de Castro and Sir Garfield Barwick) found "that the claim of Australia no

longer has any object and that the court is therefore not called upon to give a decision thereon."

In reaching its decision the court pointed out that because the scope of the proceedings, at that stage, was limited to questions of jurisdiction of the court and admissibility of the application, the court was required to refrain from entering into the merits of the claim. However, while examining these questions of a preliminary character, the court was entitled, and may in some cases be required, to go into other questions which may not be strictly capable of classification as matters of jurisdiction or admissibility but are of such a nature as to require examination in priority to those matters. The court, it was pointed out, was entitled to act in this manner because it possesses an inherent jurisdiction enabling it to take such action

> "as may be required, on the one hand to ensure that the exercise of its jurisdiction over the merits, if and when established, shall not be frustrated, and on the other, to provide for the orderly settlement of all matters in dispute, to ensure the observance of the inherent limitations on the exercise of the judicial function of the Court, and to maintain its judicial character." (At p 259).

Before turning to the questions of jurisdiction and admissibility the court, therefore, first had to consider the essentially preliminary question as to whether a dispute existed as well as to analyse the claim submitted to the court (paragraphs 22–24 of the judgement).

In dealing with this preliminary question the court pointed out that the proceedings before the court concerned the atmospheric nuclear tests conducted by France in the South Pacific (paragraph 16 of the judgement), that the original and ultimate objective of Australia was to obtain a termination of those tests (paragraphs 32–41 of the judgement) and that France, by various public statements made during 1974 had announced its intention, following the completion of the 1974 series of atmospheric tests, to cease the conduct of such tests (paragraphs 32–41 of the judgement).

Turning to the legal principles involved the court observed:

> "It is well recognized that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations. Declarations of this kind may be and often are, very specific. When it is the intention of the State making declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration.
>
> "An undertaking of this kind, if given publicly, and with the intent to be bound, even though not made within the context of international negotiations, is binding. In these circumstances, nothing in the nature of a *quid pro quo* nor any subsequent acceptance of the declaration, nor even any reply or reaction from other States, is required for the declaration to take effect, since such a requirement would be inconsistent with the strictly unilateral nature of the juridical act by which the pronouncement by the State was made". (At p 267).

The court, however, pointed out that not all unilateral acts result in an obligation. What is important is the intention which can only be ascertained by interpretation of the act. Furthermore the form in which the statement is made is not of any importance:

"[T]he sole relevant question is whether the language employed in any given declaration does reveal a clear intention [to be bound]".

After an analysis of the French statements the court concluded that the unilateral undertaking resulting from these statements could not be interpreted as having been made in implicit reliance on an arbitrary power of reconsideration – in other words France had, unilaterally, undertaken the obligation to hold no further nuclear tests in the atmosphere in the South Pacific.

Having found that France had assumed this obligation no further judicial action, in the opinion of the court, was required.

Note: On the same date the court in the Nuclear Test (New Zealand v France) Case 1974 ICJ Reports 457 gave an identical judgement.

P D OELOFSEN
Department of Foreign Affairs

WOOD v ONDANGWA TRIBAL AUTHORITY 1975 2 SA 294 (A)

Stamowerhede – Interdik – Locus standi in iudicio

Applikante doen aansoek om 'n interdik teen twee stamowerhede in Suidwes-Afrika waarin laasgenoemde verbied word om liggaamlike straf aan enige persoon toe te dien op grond daarvan dat hy 'n lid of ondersteuner is van een van twee organisasies genaamd Demkop en Swapo. In die hof *a quo* was 'n punt *in limine* geopper dat applikante geen *locus standi* het nie, welke punt deur die hof gehandhaaf was. Teen hierdie beslissing word geappelleer.

Eerste en tweede applikante was hoofde van twee verskillende kerkgenootskappe in Suidwes-Afrika terwyl derde applikant die sekretaris van Swapo was. Volgens beëdigde verklarings was dit duidelik dat lede of simpatiseerders van Swapo of Demkop gereeld deur die twee respondente onwettig aangehou en lyfstraf toegedien is. Baie van hierdie lede of simpatiseerders was lidmate van die twee kerkgenootskappe. Die lidmate van hierdie kerkgenootskappe het in vrees geleef dat hulle aangeval sal word deur die stamowerhede "and that as a result thereof (the first applicant) in his personal capacity and in his capacity as Bishop received numerous requests to seek the intervention of the court to put an end to the conduct of first and second respondents". Die tweede applikant het hom heeltemal vereenselwig met die optrede van eerste applikant. Derde applikant, self 'n lid van Swapo, was gemagtig om die aansoek namens sommige lede van Swapo te bring. Van die drie applikante was dit dus net derde applikant wat persoonlik in gevaar kon gestaan het om onwettig gearresteer of aangerand te word.

Die hof *a quo* het die aansoek verwerp op grond daarvan dat 'n indiwidu nie geregtig is om 'n aksie in die belang van die algemene publiek in te stel nie. As gesag het die hof hom verlaat op verskeie gewysdes waarin beslis is dat die *actio popularis* van die Romeinse reg nie deel van ons reg is nie (sien bv *Director of Education, Transvaal v McCagie* 1918 AD 616; *Dalrymple v Colonial Treasurer* 1910 TS 372; *Bozzoli v Station Commander, John Vorster Square,*

Johannesburg 1972 3 SA 934 (W)). Die hof in eerste instansie het sterk gesteun op die beslissing in *Bozzoli* se saak dat alleenlik 'n belanghebbende persoon soos 'n vriend of familielid of 'n persoon met 'n "special interest" – dws 'n belang groter as dié van die algemene publiek – aansoek kan doen om 'n *habeas corpus/de libero homine exhibendo*-bevel. Selfs al het die applikante 'n "special interest" volgens *Bozzoli* se saak, dan moet laasgenoemde saak nog van die huidige onderskei word, beslis die hof *a quo*, deurdat die studente in *Bozzoli* se saak aangehou was terwyl niemand in die onderhawige geval aangehou word nie. Die persone wat deur die applikante verteenwoordig word, is dus vry om self die aansoek te bring.

Die appèlhof behandel die hof *a quo* se standpunt dat die applikante nie *locus standi* het nie omdat die *actio popularis* nie deel van ons reg is nie. Die hof behandel eers Van der Keessel se standpunt in sy *Praelectiones ad Jus Criminale* oor die *actiones populares* en dan Voet s'n waar hy verklaar dat 'n privaat persoon die hof net kan nader t o v sy private belange. Vervolgens gaan die hof oor tot 'n bespreking van die *interdictum de homine libero exhibendo* wat die Romeins-Hollandse analogie van die Engelse *habeas corpus*-bevel is. Die hof kom tot die volgende slotsom (bl 310): "Although the position is that in Roman-Dutch law no private person can proceed by a popular action as such, it is clear that the interdict *de libero homine exhibendo* is part of our law, and it only remains to be considered at whose request a court will issue the interdict". Die hof se stelling dat die *interdictum* deel van ons reg is, ontsenu myns insiens nie die aanvaarde standpunt dat ook die *habeas corpus*-bevel deel van ons reg is nie (sien VerLoren van Themaat *Staatsreg* 2e uitg 134). Inteendeel, van die sake wat die hof met goedkeuring aanhaal (bv *Principal Immigration Officer and Minister of Interior v Naravansamy* 1916 TPD 274) bevestig die standpunt dat die bevel van *habeas corpus* deel van ons reg is. Dit is ook 'n wenslike toedrag van sake aangesien die *interdictum* slegs geld teen 'n persoon, "who in ill fraud keeps under restraint . . . a free human being without just cause" (Gane se vertaling van Voet 43 29). Indien 'n persoon dus 'n ander *ultra vires* aanhou maar te goeie trou, kan die *interdictum* vermoedelik nie teen hom uitgereik word nie maar wel die bevel van *habeas corpus* aangesien laasgenoemde beskikbaar is "against any person who is suspected of detaining another unlawfully" (Hood Phillips *Constitutional and Administrative Law* (5e uitg) 402).

'n Mens kan op hierdie stadium begin wonder hoe dit dan gebeur het dat die appèlhof die *interdictum de homine libero exhibendo* behandel het. Waarom is dit noodsaaklik, in die lig van die aansoek, om uit te maak wie aansoek kan doen om die *interdictum*? Die interdik "aims at the free person being produced" (Gane se vertaling van Voet 43 29) en in die onderhawige geval is daar geen persoon wat te voorskyn gebring kan word nie aangesien niemand aangehou word nie. Die hof bespreek die posisie t a v die *interdictum* en die *habeas corpus* as 'n analoë geval waarvan die beginsels toegepas kan word op die huidige aansoek voor die hof. Soos later aangedui word, kon die hof 'n beter analogie getrek het.

Alhoewel die *actio popularis* nie meer in ons reg bestaan nie, is dit nie te sê dat die belang van die persoon wat om 'n interdik *de libero homine* aansoek doen eng verstaan moet word nie. Inteendeel, volgens die hof moet die

omskrywing van "belang" wyd opgevat word en, na voorbeeld van die Engelse en Amerikaanse reg, het enige vriend of familielid 'n genoegsame belang om namens 'n ander persoon aansoek te doen vir die *interdictum* of die *habeas corpus*. In sekere gevalle sal selfs 'n vreemdeling blykbaar aansoek kan doen namens 'n ander persoon indien hy 'n bevredigende verklaring kan gee waarom die aangehoudene nie self die aansoek doen nie. Die hof laat nie die *actio popularis* hierdeur herleef nie aangesien die aansoeker nie namens die publiek die aansoek rig nie maar optree as *negotiorum gestor* of 'n soort *curator ad litem* vir 'n bepaalde persoon. Hierdie beginsel pas die hof dan *a fortiori* toe op die bepaalde geval voor die hof. Die applikante het dus die nodige *locus standi* om namens ander persone 'n verbiedende interdik aan te vra, veral as die *modus operandi* van die respondente, nl om skielik op 'n bepaalde lid van Swapo toe te slaan, groot afstande en die ongeletterdheid van baie lede van Swapo in gedagte gehou word.

Tot op hierdie stadium van die uitspraak lyk dit asof die volgende juridiese analise gemaak kan word:

1 Die persone wat in eerste instansie *locus standi* het om vir 'n interdik aansoek te doen, is die bedreigde lede van Swapo self (sien 312B van die verslag). Hulle het die nodige bedreigde juridiese belang. Indien 'n *ultra vires* optrede van die stamowerhede op hersiening geneem sou word, sou die nadeel, wat 'n vereiste vir hersiening is (sien bv *Jockey Club of South Africa v Feldman* 1942 AD 340 op 359), voortvloei uit die skending van hulle regte. Indien daar geen skending van hulle regte sou wees nie, soos wanneer hulle juridiese – dws nie *contra bonos mores* nie – toestemming sou gee tot lyfstraf of aanhouding, sou niemand om 'n interdik of hersiening aansoek kon doen nie ten spyte van die feit dat die stamowerhede nog steeds *ultra vires* sou opgetree het (toestemming van 'n persoon wat blootstaan aan potensiële nadeel kan nie aan 'n administratiewe tribunaal 'n mag verleen wat dit nie het nie, maar daar is niks in ons reg wat 'n persoon verhoed om van sy privaat- of publiekregtelike regte afstand te doen nie). Die applikante in die onderhawige geval se *locus standi* is dus afhanklik van die *locus standi* van die lede van Swapo of Demkop. Oor die belang wat nodig is, alvorens 'n persoon hierdie oorspronklike *locus standi* het, het die appèlhof tot hier toe nog niks beslis nie.

2 'n Persoon het *locus standi* om namens 'n ander persoon met oorspronklike *locus standi* die hof te nader indien hy daartoe gemagtig is deur die ander persoon. Hierdie *locus standi* spruit uit 'n ooreenkoms en was myns insiens gedeeltelik die tipe *locus standi* wat die applikante in die onderhawige geval op die feite gehad het (sien die aanhaling wat met goedkeuring gemaak is op 311C). Die applikante se *locus standi* kon egter slegs gedeeltelik op ooreenkoms gebaseer gewees het want hulle was hoogstens deur slegs sommige lede van Swapo gemagtig om namens hulle op te tree.

3 'n Persoon het *locus standi* om namens 'n ander persoon met oorspronklike *locus standi* die hof te nader indien hy in 'n sekere verhouding tot die ander persoon staan. Hierdie verhouding kan òf vriendskap òf bloedverwantskap wees. Hierdie *locus standi* spruit uit die besondere verhouding waarin die partye teenoor mekaar staan.

4 'n Persoon het *locus standi* om namens 'n ander persoon met oorspronklike *locus standi* die hof te nader indien hy 'n bevredigende verklaring kan gee waarom daardie persoon nie self die aansoek kan rig nie of, myns insiens, nie 'n derde persoon kan magtig om namens hom op te tree nie. Hierdie is die geval van 'n *negotiorum gestor*. Die hof het in hierdie geval 'n wye diskresie om in die lig van die omstandighede te bepaal of die persoon geregtig is om namens die ander persoon te ageer. Praktiese oorwegings speel hier 'n groot rol: kan die hof in die lig van die besondere omstandighede van die persoon met oorspronklike *locus standi* en in die lig van die optrede van die respondent verwag dat die persoon met oorspronklike *locus standi* self ageer? (sien 313B–C en 315 van die verslag). Omstandighede wat

die hof in aanmerking kan neem, is die afstand wat die persoon met oorspronklike *locus standi* van die hof woon, die beskikbaarheid van regshulp ens. Die applikante se *locus standi* moes gedeeltelik ook op hierdie grond gerus het aangesien die finale bevel van die hof gelui het: "The respondents are interdicted from arresting . . . *any* person". Alle lede van Swapo en Demkop het tog nie die applikante gemagtig nie en dit is hoogs onwaarskynlik dat almal familie of vriende van die applikante was.

Afgesien van die afgeleide *locus standi* wat die applikante het, beslis die hof verder dat daar ook 'n ander grond is waarop hulle *locus standi* het. Hierdie grond verleen myns insiens oorspronklike *locus standi*. Die hof verklaar: "I think that the interest that a person may have in the liberty of another may arise not only through family relationship or personal friendship but also through the relationship that may bind the two persons by reason of an agreement, express or implied, relating to a matter of common interest. I am thinking here of a partnership, or a society, or a church or a political party. Any member of such a society or body would, in my view, have an interest in the personal liberty of a co-member" (*per* hoofregter Rumpff op 312). Hierdeur verleen die appèlhof myns insiens erkenning of bevestiging van 'n persoon se publiekregtelike reg op assosiasie (of is dit dalk privaatregtelike aangesien die stamowerhede *ultra vires* t o v die lede van Swapo opgetree het – d w s glad nie as stamowerhede nie?) Jy het 'n reg om vriende te hê en om daardie vriendskap uit te leef, om te assosieer met jou familie, om te assosieer met ander persone d m v 'n vennootskap, vereniging, kerk of politieke party en om daardie assosiasie daadwerklik uit te leef. Uit die verlening van die interdik – wat die aanwesigheid van 'n "clear right" impliseer – kan die afleiding gemaak word dat inbreukmaking op hierdie reg van assosiasie genoegsame benadeling daar sal stel vir die hersiening van 'n administratiewe tribunaal se verrigtinge.

In die lig van vorige sake soos *Patz v Greene* 1907 TS 427 met hulle streng vereistes vir *locus standi*, is die appèlhof se verligte standpunt te verwelkom. Dit is egter jammer dat die appèlhof in sy vergelykende studie nie ook gaan lig opsteek het by die Engelsregtelike "prohibition" nie. Die feite in die onderhawige geval het hulle by uitstek geleen tot so 'n vergelyking. Hierdie remedie word gebruik om 'n laer hof of administratiewe tribunaal te verbied om voort te gaan om sy jurisdiksie te oorskry (sien Wade *Administrative Law* (3e uitg) 129; *R v Electricity Commissioners ex p London Electricity Joint Committee* 1924 1 KB 171.) Normaalweg word sommer aanvaar dat hierdie sg "prerogative writs" nie deel van ons reg is nie en ook nie juis geskik sal wees om hier van toepassing te maak nie. Die besware teen hierdie "writs" is gewoonlik gebaseer op die tegniese vereistes daarvan en op die feit dat die kroon altyd die nominale eiser of aansoeker is (sien Rose Innes *Judicial Review of Administrative Tribunals in South Africa* 22). Wat egter nie altyd besef word nie is dat ook die *habeas corpus* 'n "prerogative writ" is (sien Wade *op cit* 127) en laasgenoemde vorm tog blykbaar deel van ons reg.

H BOOYSEN
Universiteit van Suid-Afrika

Is Gewoonteregtelike Volkereg Deel van ons Reg?

H Booysen

Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

The question may be asked whether it is correct to state that customary international law is part of the South African law, if one excludes the special problems in connection with South African legislation and the act of state doctrine, including treaties.

The South African common law is contemporary Roman-Dutch law and no court of law has the power to substitute it for any other legal system. International law was and is not part of the Roman-Dutch law.

The South African courts have, however, consulted international law sources on various occasions in solving a particular problem. However, these cases do not contain a common denominator, enabling one to ascertain precisely in which circumstances the South African courts will apply international law.

There are no rules, such as those in private international law which provide for the application of international law in certain circumstances. Moreover, international law is not regarded as foreign law which must be proved by expert witnesses. Normally the South African courts apply South African law, as manifested in previous decisions and common law, and the courts cannot invalidate a rule contained in these sources merely because it is contrary to international law. There is no obligation on the courts to apply international law. The courts apply international law rules in the same way as they apply any rule of a foreign legal system.

The view that international law is part of South African law is untenable, because it would mean that the courts must, in every case where international law may be relevant, consider international law, previous South African decisions and the common law. If there is a conflict between any of these, then the courts must decide which one prevails – the common law, previous decisions or international law. There is no evidence that the courts do in fact follow such a procedure. International law plays a rôle only in a comparative law context. The courts will take international law into account in cases where it is relevant and where the South African law does not provide an answer to the problem before the court, where the South African law is vague or uncertain, or where the South African common law is totally out of date on a particular point.

Verskeie juriste het die afgelope aantal jare die standpunt verkondig dat gewoonteregtelike volkereg – in teenstelling met verdrae – deel van die Suid-Afrikaanse reg is vir sover die toepassing daarvan nie deur die "act of state"-leerstuk uitgesluit word of in stryd is met wetgewing nie.[1] Die vraag is egter of hierdie standpunt 'n korrekte weergawe van ons positiewe

---

[1]Sien Dugard "Consular Immunity" 1966 *SALJ* 126 op 131; Sanders "The Justiciability of Foreign Policy Matters under English and South African Law" 1974 *CILSA* 215 op 220 vn 25; Dugard "International Law *Is* Part of our Law" 1971 *SALJ* 13; Sanders "Our State Cannot Speak with Two Voices" 1971 *SALJ* 413; Sanders "The Courts and Recognition of Foreign States and Governments" 1975 *SALJ* 165 op 170 vn 33.

reg is. Wat is die verhouding tussen gewoonteregtelike volkereg aan die een kant en die beslissings van ons howe en Romeins-Hollandse bronne aan die ander kant?[2]

Volkereg vorm beslis nie deel van ons Romeins-Hollandse reg nie. Van ons Romeins-Hollandse skrywers het weliswaar oor die volkereg geskryf[3] maar dit is geensins te sê dat die moderne volkereg deel van ons gemene reg is nie of deel van die Romeins-Hollandse reg was nie.[4]

Die siening dat gewoonteregtelike volkereg outomaties deel van ons reg is, word hoofsaaklik ontleen aan die regspraak en word heel dikwels gestaaf deur 'n verwysing na ou Engelse beslissings wat 'n soortgelyke standpunt vir die Engelse reg verkondig.[5] Die "adoption"-teorie waarvolgens volkereg in sy geheel deur die Engelse *common law* aanvaar is, was 'n uitvloeisel van die natuurregteorieë wat in Blackstone se tyd aan die orde van die dag was en het sy beslag gekry in ou sake soos die van *Barbuit*,[6] *Triquet v Bath*[7] en *Heathfield v Chilton*.[8] Die "adoption"-teorie het egter in Engeland in onguns verval in die lig van nuwer sake[9] sodat daar vandag nie meer gesê kan word dat die howe ontwikkelende volkereg toepas nie maar slegs 'n "'anglicised' version" van geadopteerde volkeregtelike beginsels.[10] Die siening dat volkereg deel van die Engelse reg is, het oorspronklik ontstaan uit sake wat hoofsaaklik gehandel het met die immuniteit van ambassadeurs en state en het dus slegs na 'n klein deel van die volkereg verwys – 'n feit wat deur die resente saak, *Thakrar v Secretary of State for the Home Department*[11] beklemtoon word as rede waarom volkereg nie deur die Engelse howe toegepas moet word nie. Volkereg geld nie uit eie krag nie en kan ook nie aanleiding gee tot regte en verpligtinge in die Engelse reg nie.[12] Volkereg kan slegs deur die howe toegepas word indien dit nie sal neerkom op versaking van eie reg nie.[13] Volkereg vorm nie outomaties deel van die Engelse reg nie maar kan hoogstens as bron van die Engelse

---

[2]Sien Devine "Qualifications on the Incorporation of International Customary Law into South African Municipal Law" 1973 *Natal University Law Review* 58 op 63.

[3]Sien bv De Groot *De Jure Belli Ac Pacis*; Cornelius van Bynkershoek *Quaestionum Juris Publici Libri Duo* en *De Foro Legatorum*.

[4]Sien De Wet "Die Ou Skrywers in Perspektief" Mei 1975 *Codicillus* 4 op 8; Van Bynkershoek in die voorwoord tot *De Foro Legatorum* sê self dat die Hof van Holland nie na die volkereg verwys het nie en geheel en al daarvan afgewyk het – sien *The Classics of International Law* 7.

[5]Sien Sanders a w 1974 *CILSA* 220 vn 25; Dugard a w 1966 *SALJ* 130.

[6]Cas t Tal 281.

[7](1764) 3 Burr 1478.

[8]4 Burr 2016.

[9]Soos dié van *R v Keyn* 1876 2 Ex D 63; *West Rand Central Gold Mining Co v R* 1905 2 KB 391; *Mortenson v Peters* (1906) 14 SLT 227; *Commercial and Estate Co of Egypt v The Board of Trade* 1925 1 KB 271 en *Chung Chi Cheung v R* 1939 AC 160.

[10]Sien Greig *International Law* 50.

[11]1974 2 All ER 261 (CA) 265-6.

[12]Sien *Mortenson v Peters* supra 231; *Commercial and Estates Co of Egypt v The Board of Trade* supra 295; *Chung Chi Cheung v R* supra 168; *Thakrar v Secretary of State for the Home Department* supra 266.

[13]Sien *West Rand Central Gold Mining Co v R* supra 407; *In re Ferdinand Ex-tsar of Bulgaria* 1921 1 Ch 107 137; *R v Keyn* supra 202 203 en 207; Jennings *The Law and the Constitution* (5e uitg) 174.

reg gesien word soos bv die Fransman Pothier se werk as bron van die Engelse reg (of enige ander regstelsel) aangemerk kan word.[14]

Volkereg het al by verskeie geleenthede in die Suid-Afrikaanse howe ter sprake gekom. Die howe het hulle dan ook in sulke gevalle na volkeregtelike bronne gewend. Gewoonteregtelike volkereg en die menings van volkeregtelike skrywers het al ter sprake gekom en in die volgende gevalle is daarna verwys: Of daar beslag gelê kan word op die private eiendom van vyandelike onderdane en rebelle,[15] om te bepaal of 'n persoon staatloos kan wees,[16] om te bepaal of 'n persoon 'n vyandsonderdaan is of nie,[17] om te bepaal of 'n persoon volgens ons reg hoogverraad kan pleeg selfs al is die gewraakte handeling buite die staat verrig,[18] om te bepaal of 'n persoon afstand kan doen van sy trou teenoor die staat gedurende die bestaan van oorlog,[19] en om te bepaal of persone of goedere ingevolge die Suid-Afrikaanse reg op immuniteit geregtig is.[20]

Dit is duidelik dat bogenoemde gevalle 'n verskeidenheid onderwerpe dek sonder 'n maklik vasstelbare gemeenskaplike faktor. Baie van die gevalle kon opgelos gewees het deur slegs na die Suid-Afrikaanse reg te kyk, sonder om volkereg of volkeregtelike bronne in aanmerking te neem. Die volgende stellings kan in die lig van die regspraak gemaak word:

Eerstens is daar geen reëls, soos in die geval van internasionale privaatreg, wat die toepassing van volkereg in sekere gevalle verpligtend maak nie. Volkereg word nie beskou as vreemde reg in die sin dat dit deur deskundige getuienis bewys moet word alvorens 'n hof dit kan toepas nie.[21]

Tweedens kan 'n persoon hom nie op volkereg beroep om daardeur die toepassing van 'n bepaalde reël van die Suid-Afrikaanse reg te ontwyk nie.[22] In hierdie verband is daar geen gesag in die regspraak wat beweer dat volkereg toegepas moet word tensy daar 'n vaste presedent tot die teendeel in die Suid-Afrikaanse reg is nie. Die howe pas die Suid-Afrikaanse reg toe soos blyk uit presedente en die Romeins-Hollandse reg. Indien daar geen presedente in die regspraak is nie pas die howe die Romeins-Hollandse reg toe en geen hof kan die Romeins-Hollandse reg, wat die gemene reg is, deur 'n ander regstelsel vervang nie.[23] Die feit dat die volkereg 'n ander

---

[14]Sien Picciotto *The Relation of International Law to the Law of England and of the United States of America* (1915) 106; Brierly "International Law in England" (1935) 51 *LQR* 24 op 31.

[15]Sien *Alexander v Pfau* 1902 TS 155 159 en 160; *Achterberg v Glinister* 1903 TS 326 330; *Ncumato v Matwa* 2 EDC 272 279; *Mshwakezele v Guduza* (1901) 18 SC 167 171; *Ex parte Belli* 1914 CPD 742 745; *Du Toit v Kruger* (1905) 22 SC 234 238; *Smit v Bester* 1904 ORC 30 33; *Maree v Conradie* 1903 ORC 26.

[16]Sien *Ex parte Lowen* 1938 TPD 504 506.

[17]Sien *Mahomed v Immigrants Appeal Board* (1918) 39 NLR 7 10; *Marburger v The Minister of Finance* 1918 CPD 183 189.

[18]Sien *R v Holm* 1948 1 SA 925 (A) 930; *R v Neumann* 1949 3 SA 1238 1248.

[19]Sien *Ex parte Schumann* 1940 NPD 251 254.

[20]Sien *Ex parte Sulman* 1942 CPD 407 409; *Parkin v Government of the Republique Democratique du Congo* 1971 1 SA 259 (W) 261; *S v Penrose* 1966 1 SA 5 (N) 8.

[21]Sien *South Atlantic Island Development Corporation v Buchan* 1971 1 SA 234 (C) 238.

[22]Sien *R v Holm* supra 931; *Du Toit v Kruger* supra 239; *Alexander v Pfau* supra 164.

[23]Sien *Trust Bank van Afrika v Eksteen* 1964 3 SA 402 (A) 410.

reëling bevat as die Romeins-Hollandse reg gee nie bloot om hierdie rede die mag aan 'n hof om die Romeins-Hollandse reg te versaak en volkereg toe te pas nie. Soos die hof in *Alexander v Pfau* verklaar: ". . . whatever the rule of international law may be, the local law of the late South African Republic must be followed in preference to a conflicting rule of international law."[24] Indien dit anders was, sou daar geen sin in gewees het om te sê dat ons gemene reg die Romeins-Hollandse reg is nie. In hierdie verband is die saak van *Leibowitz v Schwartz*[25] van belang. Die applikante het aansoek gedoen om sekere bevoordeeldes ingevolge 'n testament by wyse van ediktale sitasie te dagvaar. Een van die bevoordeeldes was die staat van Israel. Dit het aanleiding gegee tot 'n botsing tussen twee beginsels.

> "The one is the principle of public international law that the courts of a country will not by their process make a foreign state a party to legal proceedings against its will. This immunity has been admitted in all civilised countries."

Die hof verwys dan na Suid-Afrikaanse gewysdes waarin hierdie beginsel van immuniteit as Suid-Afrikaanse regsreël aanvaar is.[26]

> "The other principle is that all beneficiaries under a will must be joined as defendants in an action wherein is claimed an order declaring that will invalid."

Die hof verwys dan na 'n appèlhofbeslissing waarin hierdie beginsel vervat is.[27]

> "Plainly, one of the two conflicting principles must yield, for otherwise the applicants would be deprived of their right to have the validity of the will judicially determined, and that would constitute an injustice which cannot be permitted. There can be no doubt in my view that it is the second principle which must give way. The first is founded on grave and weighty considerations of public policy, international law and comity. Although I do not minimize its importance in its general application, the second principle concerns a matter only of legal procedure."[28]

Die vraag wat ontstaan, is of hierdie beslissing in stryd is met die reg soos hierbo uiteengesit. Het ons nie hier te doen met 'n voorbeeld van 'n geval waar 'n Suid-Afrikaanse regsreël voor 'n volkeregtelike regsreël moet swig nie? Kan hierdie saak nie as gesag dien vir die stelling dat 'n Suid-Afrikaanse regsreël aangeval kan word op grond van strydigheid met die volkereg nie? Die vrae moet ontkennend beantwoord word. Die hof het die reël dat 'n soewereine staat immuun is teen die jurisdiksie van 'n Suid-Afrikaanse hof gesien as 'n Suid-Afrikaanse regsreël. Die oorsprong daarvan kan weliswaar na die volkereg teruggespeur word vanwaar dit via die admiraliteitshowe deur die Suid-Afrikaanse howe geïnkorporeer is in die Suid-Afrikaanse reg, maar die geaardheid daarvan moet vandag as suiwer Suid-Afrikaans en nie as volkeregtelik nie gesien word. Alhoewel die manier waarop hierdie reël in die Suid-Afrikaanse reg ingevoer is vir kritiek vatbaar is,[29] kan die reël

---

[24]supra 164.
[25]1974 2 SA 661 (T).
[26]Op 661 van die verslag.
[27]Op 661.
[28]Op 662.
[29]Sien Booysen "Admiraliteitshowe in die Suid-Afrikaanse Reg" 1973 *THRHR* 241 op 256.

moontlik al as 'n gevestigde reël van die Suid-Afrikaanse reg beskou word. Die probleem in die onderhawige geval was dus 'n keuse tussen twee reëls van die Suid-Afrikaanse reg. Om hierdie keuse uit te oefen, het die hof die oorsprong en geaardheid van die twee reëls in aanmerking geneem en hom in sy keuse laat lei deur oorwegings van openbare belang, volkereg en *comity*.

Die slotsom oor watter reël voorkeur moet geniet, kan myns insiens ook nie aangeval word nie. Die hof kon sy keuse op uitdruklike wetsvoorskrif gebaseer het. Alhoewel die Wet op Diplomatieke Voorregte[30] nie uitdruklik vir die immuniteit van state voorsiening maak nie, maak dit tog voorsiening vir die immuniteit van hoofde van state.[31] Die immuniteit wat die hoof van 'n staat geniet, moet uit die aard van die saak ook vir die staat geld aangesien die staat, as regspersoon, slegs deur persone kan handel of deur persone verteenwoordig kan word.

Derdens is dit in baie van die gevalle waar die howe volkeregtelike bronne aangehaal het duidelik dat hulle ook terselfdertyd na ander vreemde regstelsels, soos die Amerikaanse, Franse en Engelse reg, gaan kyk het.[32] Die Romeins-Hollandse reg is ook nie versaak nie en het in baie gevalle 'n deurslaggewende rol gespeel.[33]

Verskeie algemene stellings bestaan in ons regspraak en regsliteratuur oor die toepassing van volkereg in die Suid-Afrikaanse howe. Hierdie stellings moet uiteraard gesien word in die lig van die besondere omstandighede waarin dit gemaak is en ook in die lig van die res van ons reg. Die omstandighede in ag genome, sal daar gekyk word of hierdie stellings, wat as teorieë beskou kan word, in ooreenstemming is met die algemene beginsels van ons reg, veral soos dit hierbo uiteengesit is.

Een van die mees onlangse stellings is dié dat volkereg deel van ons reg vorm en dat 'n hof dit slegs moet vasstel en moet toepas.[34] Kortweg gestel, volkereg is deel van ons reg.[35] Hierdie teorie is gebaseer op 'n obiter dictum van regter Diemont in *South Atlantic Islands Development Corporation v Buchan*[36] waarin hy verklaar dat volkereg deel van ons reg vorm en "it is the duty of this Court to ascertain and administer the appropriate rule of international law in this case." Hierdie stelling is gemaak na aanleiding van die vraag of volkereg vreemde reg is wat in ons reg bewys moet word en of 'n hof self daarvan kennis kan neem. In hierdie bepaalde saak was volkereg glad nie ter sprake nie en die hof het die saak op 'n ander punt beslis – suiwer in ooreenstemming met die Suid-Afrikaanse reg waarby die volkereg geen rol gespeel het nie.

---

[30]Wet 71 van 1951.
[31]art 2(1)(a).
[32]Sien bv *Alexander v Pfau* supra 163; *Ex parte Schumann* supra 254; *R v Holm* supra 930.
[33]Sien *Alexander v Pfau* supra 164; *R v Neumann* supra 1248; *Du Toit v Kruger* supra 239.
[34]Sien Dugard "International Law *Is* Part of our Law" 1971 *SALJ* 13 op 15.
[35]ibid.
[36]supra 238.

In die lig van die omstandighede waarin die hof sy verklaring gemaak het, moet *Buchan* se saak as hoogs twyfelagtige gesag beskou word vir die teorie dat volkereg 'n deel is van ons reg.

In *Ex parte Schumann*[37] word 'n soortgelyke verklaring as dié in *Buchan* se saak aangetref, naamlik:

> "I see no reason to suppose that these principles of international law are other than principles of general application throughout the civilised world . . . and in my opinion, they are principles which are recognised by the law of this country."

Die vraag in hierdie geval was of 'n persoon sy trou ("allegiance") gedurende die bestaan van 'n oorlogstoestand van die een staat na die ander kan oordra. Die hof kom tot die slotsom: "Such a purported transfer of allegiance is by international law prohibited, and is a nullity."[38] Dit is egter duidelik volgens die bronne wat die hof aanhaal dat hierdie reël nie soseer 'n volkeregtelike reël is nie maar een van die Engelse reg. Aangesien die trouverhouding deur die Engelse reg bepaal word, sou die hof aan sy aangehaalde bronne effek moes gegee het op grond daarvan dat dit 'n reël van die Engelse reg bevat. Die feit dat die reël ook in 'n volkeregtelike bron uiteengesit is, kan hieraan geen afbreuk doen nie. Indien die hof se algemene stelling in die lig van die aangehaalde Engelse bronne gelees word, kan dit as algemene stelling weinig betekenis hê oor wanneer 'n Suid-Afrikaanse hof volkereg kan of moet toepas.

Twee ander sake wat dikwels deur skrywers aangehaal word by die bespreking van die vraag of volkereg 'n deel van ons reg vorm, is *De Howorth v The SS "India"*[39] en *Parkin v Government of the Republique Democratique Du Congo.*[40] *De Howorth* se saak is nie ter sake nie want dit handel met aangeleenthede wat onder admiraliteitshowe val of wat deur spesiale wetgewing gereguleer word.[41] *Parkin* se saak verklaar slegs dat die howe volkereg sal toepas indien dit deur die gemene reg erken word. Dit handel nie met die vraag of volkereg wel deel van ons reg is nie.

Wat beteken dit indien volkereg wel deel van ons reg is? Dit kan in die afwesigheid van enige reëls, soos dié by die internasionale privaatreg wat vir ons sê wanneer dit deel van die reg is, net een ding beteken, naamlik dat dit deel van ons reg is soos die bepalings van 'n statuut van die parlement, van 'n ordonnansie van 'n provinsiale raad, van 'n regulasie van 'n munisipaliteit en die Romeins-Hollandse reg deel van ons reg is. Dit beteken verder dat 'n hof telkens die Romeins-Hollandse reg en die volkereg moet saamlees soos dit 'n statuut en die gemene reg saamlees. Die howe sal telkens die Romeins-Hollandse reg, wat die Suid-Afrikaanse regspraak insluit, en die volkereg moet harmoniseer, en slegs indien dit duidelik is dat die twee bots, sal die howe aan slegs een van die twee effek kan gee. Daar bestaan egter

---

[37]supra 254.
[38]ibid.
[39]1921 CPD 451. Sien ook Dugard "Consular Immunity" 1966 *SALJ* 126 op 131.
[40]1971 1 SA 259 (W). Sien ook Dugard "International Law *Is* Part of our Law" 1971 *SALJ* 13 op 14; Bridge "The Relationship Between International Law and the Law of South Africa" (1971) 20 *International and Comparative Law Quarterly* 746.
[41]Sien Booysen a w 252 255.

geen gesag in ons reg dat die howe so 'n prosedure moet volg nie. 'n Oorsig van die regspraak toon ook dat die howe nog nooit so te werk gegaan het nie. Afgesien hiervan sal die presedentestelsel in baie gevalle 'n bepaalde hof daarvan weerhou om ontwikkelende volkereg toe te pas. Byvoorbeeld, indien die appèlhof 'n bepaalde reël neergelê het, sal die ander howe dit moet volg al bepaal die volkereg ook wat. Om te beweer dat volkereg 'n deel van ons reg is, verklaar nòg die bestaande regsposisie korrek, nòg gee dit 'n korrekte weergawe van wat 'n hof in 'n bepaalde geval moet doen.

Na 'n bespreking van die Suid-Afrikaanse regspraak kom Bridge[42] tot die slotsom dat, wat die toepassing van gewoonteregtelike volkereg deur die howe betref, dieselfde beginsel in Suid-Afrika geld as in Engeland. Hy steun op die volgende aanhaling van Fawcett wat die regsposisie in Engeland beskryf en wat ook *a fortiori* Bridge se weergawe van die Suid-Afrikaanse reg is:

> "Generally accepted rules of international law will be applied by the courts in proper cases as *lex fori*; that is to say, the courts adopt and apply these rules *directly*, making no distinction in this process between them and municipal law. . . .[43]

Hierdie stelling is baie meer bevredigend as dié wat net eenvoudig verklaar dat volkereg 'n deel van ons reg is aangesien dit duidelik die beginsel stel dat die howe volkeregtelike beginsels in die staatlike reg kan adopteer. Daar kan egter nie saamgestem word met die idee dat daar geen onderskeid tussen die staatlike reg en volkereg getref word nie. Soos alreeds aangedui, word volkereg en die staatlike reg definitief nie oor dieselfde kam geskeer nie. Verder moet 'n hof die staatlike reg toepas terwyl daar nie so 'n verpligting in die geval van die volkereg bestaan nie.

In die lig van die Suid-Afrikaanse reg soos hierbo uiteengesit, blyk dit dat volkereg dieselfde rol te vervul het as enige vreemde regstelsel in die afwesigheid van spesifieke reëls wat die toepassing daarvan verpligtend maak. Soos in die Engelse reg speel volkereg 'n rol by regsvergelykende studie. 'n Suid-Afrikaanse hof kan dus in gepaste gevalle effek gee aan 'n volkeregtelike reël soos dit ook effek kan gee aan 'n reël van enige vreemde regstelsel. Dit blyk duidelik uit die feit dat die howe heel dikwels ook die regstelsels van ander lande tesame met die volkeregtelike bronne in oorweging neem.

Wat in werklikheid gebeur, is dat die howe in gepaste gevalle 'n bepaalde reël positiveer in die lig van volkeregtelike bronne, van ander regstelsels en natuurlik in die lig van ons eie reg. Die howe het vanselfsprekend nie 'n blanko mandaat om enige reël van die volkereg op hierdie manier in ons reg in te voer nie; hulle moet sorg dat so 'n reël in ooreenstemming is met die basiese beginsels van die hedendaagse Romeins-Hollandse reg.[44] Deur die presedentestelsel kan so 'n gepositiveerde reël dan in ons reg ingeburger word.

---

[42]Bridge a w 749.
[43]Bridge a w 746.
[44]Sien Hahlo and Kahn *The South African Legal System and its Background* 306. Sien ook *Government of RSA v Ngubane* 1972 2 SA 601 (A) 605.

Die vraag is net: Wanneer mag 'n hof so regsvergelykend werk? Sekere algemene opmerkings kan in hierdie verband gemaak word. Ten eerste moet die volkereg vir die geding relevant wees. Die saak moet dus 'n internasionale element bevat. Die Suid-Afrikaanse howe het, anders as die Engelse regspraak, meer klem gelê op die menings van volkeregtelike skrywers.[45] Die *consensus* van state, as die basis van die volkereg, is minder beklemtoon en het weinig aandag van die Suid-Afrikaanse howe ontvang. Dit lyk dus asof die gevolgtrekking gemaak kan word dat die howe, in die gevalle waar hulle wel volkeregtelike bronne in aanmerking geneem het, nie soseer gemotiveerd was om die staat se internasionale verpligtinge na te kom, of om die Suid-Afrikaanse reg in lyn te bring met die volkereg nie. Hulle was eerder gemotiveerd om 'n reël vir die Suid-Afrikaanse reg te positiveer in die lig van hoogaangeskrewe menings van volkeregtelike juriste. In die lig hiervan is dit feitlik onmoontlik om enige riglyne aan te stip oor wanneer volkereg of die menings van volkeregtelike skrywers relevant sal wees. Dit sal hoofsaaklik afhang van die bepaalde feite van die geding. Tweedens sal die howe hoofsaaklik volkeregtelike bronne in aanmerking neem (a) in die gevalle waarvoor die gemene reg nie voorsiening maak nie of (b) indien die gemene reg onduidelik of vaag is oor 'n bepaalde punt.[46] Waar die gemeenregtelike skrywers 'n bepaalde punt behandel, maar uit voeling is met die moderne omstandighede en sienings van vooraanstaande skrywers, kan die howe daarvan afwyk en 'n nuwe reël positiveer in die lig van moderne omstandighede.[47] Die howe sal egter nie die gemene reg en die res van ons reg heeltemal kan negeer nie. So 'n nuwe reël sal in ooreenstemming moet wees met die beginsels van die res van ons reg en sal nie gepositiveer kan word in stryd met vaste beginsels en reëls van ons reg nie. □

Vryheid van spraak is geen waarborg teen onderdrukking nie; sonder vryheid van spraak is dwingelandy onvermydelik.

r Steyn in *Buren Uitgewers (Edms) Bpk v Raad van Beheer oor Publikasies* 1975 1 SA 379(K) 409

---

[45]Sien bv *R v Holm* supra 930; *R v Neumann* supra 1248; *Ex parte Schumann* supra 254; *Ex parte Belli* supra 745; *Maree v Conradie* supra 26; *Achterberg v Glinister* supra 330; *Du Toit v Kruger* supra 238. Uit hierdie bronne is dit duidelik dat die howe veral aan die menings van die volgende skrywers groot gewig geheg het: Halleck, Wheaton, Lawrence, Westlake en Hall. Sien *West Rand Gold Mining Co v R* supra 407 en *Compania Naviera Vascongado v "Christina"* 1938 AC 485 497 vir 'n beklemtoning van die *consensus*-vereiste deur die Engelse howe.

[46]Sien Hahlo and Kahn a w 304.

[47]Sien bv *S v Goliath* 1972 3 SA 1 (A).

Justa Causa and Traditio

David Pugsley

University of Exeter

In a previous article[1] I argued that the classical Roman lawyers never formulated the legal proposition that for transfer of ownership by *traditio* there must be a *justa causa*, and that the compilers only did so in order to exclude transfer of ownership in the case of contracts like *commodatum*; and I suggested that that evolution was connected with the shift in the meaning of the word *traditio* from "transfer of ownership" to "physical delivery". For the purposes of that article I confined myself to the texts which are traditionally referred to in that context, and in particular I did not deal with the notorious pair of texts, *D* 12 1 18 and 41 1 36, which do not expressly mention or discuss that legal proposition. Since then I have discussed those texts at some length in correspondence with my friend and colleague, Professor Bergsma of Amsterdam. Through her I have had the benefit of the comments of Professor Ankum of the same university. I have been able to refer to Van Oven's *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* which was not available to me here, and I have seen the relevant passages of an unpublished course of lectures given by Professor Feenstra of Leiden in 1974. I have profited greatly from the correspondence and have changed some of my views in the light of it, but, of course, I am solely responsible for what follows and I know that Bergsma and Ankum disagree with some of it. The purpose of the present article is to re-examine those two texts, first for the light that they throw on our original question about the legal proposition that for transfer of ownership by *traditio* there must be a *justa causa*, and secondly for the substance of the texts themselves.

I

The ambiguity of the word *traditio* and the significance of *justa causa* to exclude contracts like *commodatum*, are of course recognised by both Van Oven[2] and Feenstra,[3] though they do not recognise the distinction between classical and Justinianic law. Feenstra goes on to point out[4] that it is only mediaeval and later Roman law scholars who have tried to give greater significance to *justa causa* in connection with the objective validity of the underlying transaction. "Het is dubieus of voor dit verband . . . veel aan-

---

[1]1974 *THRHR* 13.

[2]No 37 38. Indeed of *justa causa* he says "het begrip is glashelder".

[3]No 111: "*Justa* heeft dus van oorsprong alleen de bedoeling om aan te duiden: er moet een koopcontract of een schenking aan de *traditio* vooraf zijn gegaan en niet bijv een huurcontract."

[4]No 112 113.

knopingspunten in de teksten van de klassieke juristen te vinden zijn. Zij zullen de problemen die wij met de term 'objectieve geldigheid' aanduiden casuistisch hebben opgelost.... Men zal moeten volstaan met de conclusie dat enkele Justiniaanse teksten aanknopingspunten konden bieden voor de 19e eeuwse 'abstracte leer'; een kiem van deze leer vindt men in het Corpus iuris echter niet." There are indeed no texts which expressly propound the abstract view, but I think Feenstra is wrong to reject that implication in *I* 2 1 40.[5] He maintains that the text occurs "in een geheel ander verband dan dat van de *justa causa* en men mag er niet een zo verstrekkende betekenis aan toekennen." But it is striking that in the Institutes there is no context anywhere of *justa causa* for traditio, and that in itself (apart from the more detailed arguments about the text) suggests that the abstract view may be right.

Our two texts, *D* 12 1 18 and 41 1 36, also do not expressly deal with the requirement of *justa causa*. As Feenstra says, it is only subsequent lawyers who have tried to read that back into them. Hence modern Roman law scholars tend not to discuss them in connection with the proposition that a *justa causa* was required, and in my original article I followed suit. I think now that that was wrong and that the two texts are highly significant for our purpose. Let us examine them in detail.

D 41 1 36

Julian uses the words *causa* and *consentire/dissentire*. But, he says, *non animadverto cur inefficax sit traditio*. Note that he does not say that there is an alternative view but that that view is wrong; he does not say that there are arguments to the contrary but that those arguments are for some reason not convincing or not applicable: he says that there is no alternative view or opposing arguments, or at least (what really amounts to the same thing) he does not know of any. He could not possibly have expressed himself in that way if there was a proposition requiring *justa causa*. He ought to have cited the proposition and explained why it did not apply in this case: certainly he could not have denied its existence as a possible reason for the invalidity of the *traditio*. Nor in a text which talks of *causa* and *traditio* is it likely that he overlooked such a proposition if it did exist. His total failure to refer to such a proposition, which would have been directly relevant if it did exist, strongly suggests that it had not yet been formulated at that time at all.

Similar considerations apply to the clause *constat proprietatem ad te transire* at the end. It was undisputed in Julian's time that ownership passed. That might have been in spite of some argument to the contrary which everyone agreed did not apply in this case, but there is no mention of any such argument and one has the strong impression from this text that none existed.

Of course the text may be interpolated. Thus Van Oven[6] says "dat de woorden van Julianus ons slechts onvolledig zijn overgeleverd en zeker is

---

[5]On which see my previous article 15.
[6]On p 77-78.

dat . . . weglatingen en toevoegingen door latere hand zijn aangebracht." But this accusation of interpolation is quite gratuitous. There is nothing in the text to make us suspicious. Thus Voci says: "Non par possibile ritenere che questo passo sia interpolato, tanto e rigoroso e inappuntabile nel contenuto e nella forma."[7] It is true that we cannot rule out *a priori* the possibility of subsequent alterations, including the suppression of a reference to the *traditio/justa causa* proposition. But if we believe that the text originally contained such a reference then we must suppose that the interpolator not only excised it (as the compilers were fully authorised to do if they wished) but also attributed to Julian the phrase, *non animadverto cur inefficax sit traditio*, as if the opposing view had never existed at all. That seems to me highly implausible.

Bergsma also believes that the text is interpolated. "Very probably there was at the time of Julian not a rule requiring a *justa causa* for *traditio*, but there *must*[8] have been a discussion about it." Now a discussion presupposes that the proposition about *justa causa* and *traditio* had already at least been formulated at the time of Julian. I have argued on independent grounds that at that time no such proposition had yet been formulated. Here we have a text in which as it stands there is no discussion of that proposition, though we should have expected one if it had been known at the time. That tends to confirm that the proposition did not yet exist. Certainly the view that there *must* have been a discussion of it seems to me to be unconvincing. Bergsma adds that "in the apparently controversial sentence *non animadverto cur inefficax sit traditio* Julian disputes those (maybe his teacher Javolenus was one of them, cp *D* 44 7 55) who require a *justa causa*, or at least *consensus causae*, for transfer of ownership". But in *D* 44 7 55 the proposition about *justa causa* and *traditio* is as significant by its absence as it is in 41 1 36; and the text is not concerned with *causa* but with *affectus* and *animus contrahentium*, which is a totally different matter. Julian was not so much concerned to dispute an adverse view as to deny that there was one.

D 12 1 18

This is an even stronger text. It contains no mention at all of *traditio* or *causa* or a proposition connecting them. Yet it would have been in Ulpian's favour and would presumably have been conclusive of the issue. It would be most remarkable if Ulpian had failed to use such an important argument in his favour if it was available at that time. The natural conclusion must be that it was not so available.

Bergsma admits that the proposition is not mentioned expressly in the text but adds: "but implicitly you can read this rule in this text as Ulpian's opinion". This follows the mediaeval lawyers in reading back into the text something which simply is not there. It means, as we have just said, that for some unexplained reason Ulpian failed to use one of his own strongest arguments. And it leads to further difficulties. Those who attribute that

---

[7] *Modi di Acquisto della Proprietá* (Milan 1952) 145. And see Bonfante *Corso di Diritto Romano* II (ii) (repr Milan 1968) 249 n 1, with which I agree.

[8] Her emphasis.

opinion to Ulpian naturally say that he was dogmatic and unpractical, lacking in common sense. But that does not reflect Ulpian's reputation in general as a jurist. On the whole we have no reason to suppose that he was not a sound and practical lawyer, one of the best of the Roman jurists. And yet here views are attributed to him which would be wholly out of character. It seems a little unfair to accuse him of thoughtless and mechanical jurisprudence in the rigid application of a principle which he does not mention at all. It seems preferable to believe that, whatever may be the true interpretation of this text, Ulpian's decision was not based on a hypothetical proposition about *traditio* and *justa causa* which required there to be a valid transaction.

In the result then the two texts do not conflict from this point of view. In neither of them is there any question of the interpretation or application or explanation of the supposed requirement of a *justa causa*. I cannot think of a stronger argument that that requirement did not exist.

Ankum adds two comments. First he says a rule (*regula juris*) in Roman law is not a compelling rule, but only a guide (*richtsnoer*). The implication is that a jurist was far more likely to disregard a *regula* than a compelling rule. We cannot here go into all the recent literature on *regulae* and maxims. But even if the proposition about *justa causa* and *traditio* was a *regula* in that sense we should still have expected Ulpian to have cited it in his favour and Julian to have taken it into account and presumably to have explained it away. Thus Stein writes of the old maxims that "they could not be ignored; they demanded elaborate explanations to show that they were not applicable"; and he cites as an example Julian's treatment of the maxim *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* in *D* 41 3 33 1.[9] Even if our proposition was only a maxim it is still remarkable that it was not even mentioned in either of our texts. Its absence strongly suggests its non existence.

Furthermore, if it had existed it would surely have had the status of a compelling rule and not a mere maxim; for it is a proposition of technical legal precision and not, like a maxim, a broad general catch-phrase of wide application. We might have said: no *traditio* without *justa causa*, just as we can say: no *furtum* without *contrectatio*. They are both clear-cut, strict rules. But, as we have said, it appears from the primary sources that the proposition was never formulated at all by the classical jurists, either as a compelling rule or as a guide.

Secondly Ankum says we have overlooked or underestimated the casuistic character of Roman law. The proposition about *traditio* and *justa causa* may not have been expressly formulated by the classical Roman jurists; it may nevertheless be an accurate generalisation which we can draw from those jurists' actual decisions to explain or justify their conclusions. It is in that sense, I think, that we are asked to read the proposition back into our two texts. That seems to be the approach of the mediaeval lawyers and some modern scholars. The difficulty lies in the undisputed existence of the

---

[9]Stein *Regulae Juris* (Edinburgh 1966) 107. On that maxim see most recently MacCormack 75 *BIDR* 71.

condictio indebiti, which presupposed the transfer of ownership by *traditio* without an objectively valid *causa*. If the classical Roman jurists had formulated the proposition themselves, then we should have to discuss its interpretation and application so as to accommodate the *condictio indebiti*. Many modern discussions of *justa causa* have precisely that purpose. But if they did not formulate it themselves, we are precluded from doing so by the existence of the *condictio indebiti*. The texts simply do not permit the generalisation that an objectively valid *causa* was required. But of course Roman law was casuistic in character, and we must now turn to the precise details of the texts themselves, instead of the broad principles that are gratuitously attributed to them, to explain the apparent discrepancy between the two texts on the basis that classical law knew no requirement of *justa causa*.

II

Prima facie D 41 1 36 presents no problems. There is no good reason to suppose that it is not genuine. In cases of *donatio|mutuum* (that is, where the transferor intends *donatio* and the transferee *mutuum*) ownership passes. *Constat*, it is settled law, undisputed. The donor obviously does not intend to recover the money at a later date; he would not want a *vindicatio*: but in any case he cannot have one. That is sound common sense and need not detain us.

It is *D* 12 1 18 that causes the trouble. In it Ulpian is traditionally supposed to have come to the opposite conclusion: ownership does not pass; therefore at civil law (disregarding praetorian remedies for the moment) the donor has the *vindicatio* before consumption and the *condictio* afterwards. That would be most remarkable. The text therefore requires closer examination.

It would be in total conflict with Julian's account which was settled law in his time and in any case the only sensible solution. Yet there is nothing in the text to suggest that Ulpian thought he was making any radical departure from the views of his great predecessor a generation earlier (whose salary Hadrian doubled *propter insignem doctrinam*) views he was actually repeating in his own account. Julian said there was no *donatio*; Ulpian did not even bother to say that he agreed, it was so obvious. According to Julian it remained to be seen whether there was a *mutuum*; it was presumably still an open question, a moot point in his time.[10] Ulpian does indeed express a positive view but with considerable diffidence (*puto*). Though Ulpian's

[10]Contra Van Oven 78 n 47: these words cannot be attributed to Julian "want dan zou Ulpianus medegedeeld hebben, hoe Julianus die vraag beantwoordde en de compilatoren zouden dat niet geschrapt hebben. De zaak is dat Julianus de vraag niet gesteld heeft, omdat hij haar ontkennende beantwoording vanselfsprekend achtte." But it is difficult to see why the answer should have been any more obvious in the case of *mutuum* than in the case of *donatio*, which Julian dealt with explicitly; or why, if it was so obvious to Julian, it should have been so far from obvious to Ulpian that he had to preface his own opinion with a hesitant *puto*. Bergsma agrees that Julian must have considered the question, but asserts that he must also have answered it. I disagree for the reasons given by Van Oven. It seems to me that the words *sed an mutua sit videndum* must be ascribed to Julian, since *et puto* clearly marks the transition from reference to Julian to Ulpian's own view, and I can see no good reason *a priori* why Julian should not have left the question open. We shall return to this point below.

statement that ownership does not pass squarely contradicts that of Julian there is no indication that he thought he was departing from the established doctrine of high classical law. In short there is nothing in the wording of *D* 12 1 18 to suggest that there was total disagreement between Ulpian and Julian on this point. Van Oven indeed writes that "al wat wij kunnen doen, is met het noodige voorbehoud aannemen, dat er tusschen den ouderen en den jongeren jurist inderdaad meeningsverschil heeft bestaan betreffende de algemeene vraag, of in geval van dissensus over de *causa* eigendom overging."[11] The two views would be diametrically opposed, yet there is not a single word of express disagreement in the text. We must begin to wonder whether an interpretation which creates a conflict of which there is no other indication can really be the right one.

And the substance of the law on the traditional interpretation gives further cause for doubt. First of all in practice there should not be any problem at all. If the transferor intended a *donatio* he would not normally try to recover the money by *vindicatio* or *condictio*. We may remember that for Julian there manifestly was no problem: in his account the law is patently obvious. Secondly, in the unlikely event that a donor did wish to recover money, the law apparently laid down in the text is highly unsatisfactory.

After consumption the *condictio* will be defeated by the *exceptio doli*. We are not told whether the *vindicatio* could be successfully brought before consumption, but the natural conclusion is that it could be,[12] for three reasons: (1) Otherwise the reference to consumption would be superfluous, for it would not change the legal relationship between the parties. But that reference here is certainly genuine and it must have made a difference to the law. (2) If the owner's remedies could always be defeated by the *exceptio doli*, there was no practical point in adopting an unreasonable rule that ownership did not pass. In other words, the only advantage in adopting that rule would be to create a difference between the *vindicatio* before consumption and the *condictio* afterwards. (3) The reason given for granting the *exceptio doli* after consumption, *quia secundum voluntatem dantis numm*: *sunt consumpti*, would not justify an *exceptio doli* before consumption, and indeed proves that it was not available for otherwise a different reason would have been given.

We therefore reach the absurd position that the transferor who intended a *donatio* can change his mind and successfully bring a *vindicatio* before consumption, but after consumption he cannot successfully bring a *condictio* because he intended that consumption should take place. The mind boggles. Why should he be allowed to change his mind about making a gift but not allowed to change his intention that the money should be consumed? And why should he be thought to have had the intention that the gift should be consumed, which is apparently a crucial factor in the case? A donor normally intends simply to make a gift; whether the gift is con-

---

[11] *op cit* 78.

[12] Contra Walker's edition of this Digest title (Cambridge 1881) 17 n 1, but there is absolutely no authority for that proposition in the texts.

sumed or not is entirely up to the donee. And all this nonsense is attributed to a classical Roman jurist of the highest reputation!

Clearly there is something wrong with the traditional interpretation of *D* 12 1 18. What we need is a minute and rigorous re-examination of textual detail, the sort of scrutiny to which texts were subjected by the interpolationists, but this time not to identify interpolations but to establish the true meaning of the text. In particular the oddities which for them were indicia of interpolation must for us be clues to the true meaning. There is one fundamental observation to be made at the outset. The text is not drafted in general terms of *consensus* or *dissensus causae*; nor in terms of a common intention to transfer ownership or the lack of it. It is not drafted in terms of general principle at all. It is concerned with specific, named contracts, and we should be looking for an interpretation of the text which fits those specific contracts rather than a chimaerical general principle which Ulpian was clearly not trying either to formulate or to apply.

There are in fact a number of oddities in the text. (1) It begins with vivid personal pronouns: *I* transfer (*dare*) to *you*. Then it becomes impersonal: *accipientis*, *dantis*. 18 1 is personal again: *I* transfer to *you*. And then the pronouns are reversed: *you* transfer to *me*. It is important to note not only that there is a change, but that it is a change from personal to impersonal and back again. It is quite common and natural for lecturers and authors in the middle of an impersonal discussion to switch to personal pronouns and back again in order to provide a vivid illustration or explanation of this point. If this case had involved that sort of change, then I doubt whether any great significance could be attached to it. But here we have the opposite change, which is unnatural. Bergsma suggests that the reason is that Ulpian has prefaced his own view with the words *et puto* and that, therefore, he could not maintain the use of the personal pronouns afterwards. Certainly that might be enough to justify the change, but it is not compelling. Ulpian could quite easily have preserved the personal pronouns without in any way affecting the clarity of his exposition. And there is a second possible explanation which deserves at least to be thoroughly explored. It is that the two halves of 18 *pr* are not concerned with the same problem. And if they are concerned with different points then the natural suggestion is that the second half is the reverse of the first: the transferor thinks that it is *mutuum*, the transferee thinks that it is *donatio*.

Furthermore it appears expressly from 18 1 that *ego* and *tu* are freely interchangeable between examples. That is not because there is just one case and its reverse. There are two distinct cases: a confusion between *depositum* and *mutuum*, and a confusion between *mutuum* and *commodatum* (for the discussion is in terms of specific contracts, and not in terms of contracts under which ownership passes and contracts under which it does not). This interchangeability suggests that *ego* and *tu* were understood in an impersonal sense and were equally interchangeable within each case. Hence we should translate, for example: I transfer money to you and one of us thinks it is *donatio*, the other thinks it is *mutuum*. Thus the two reverse cases are covered in one sentence. That would explain why no reverse cases are expressly mentioned. We are expressly given a *donatio/mutuum* case, but not

one of *mutuum/donatio*; one of *depositum/mutuum* but not one of *mutuum/depositum*; and one of *mutuum/commodatum* but not one of *commodatum/mutuum*. In each case the statement is intended to include both variants. Otherwise the total absence of the practically very interesting case of *mutuum/donatio* would be most remarkable.

(2) The second sentence, ending *cum alia opinione acceperit*, is most surprising. That last clause means "because he received it with a different (*alia*) opinion". In their English editions of this Digest title both Walker (1881) and Oliver (1937) mistranslate it: "under a mistake"; "under an erroneous impression". But the Latin does not mean that. Now on any basis (*donatio* or *mutuum*) both parties, and in particular the transferee here, thought that ownership passed; hence the last clause cannot be taken closely with the immediately preceding clause, *magisque nummos accipientis non fieri*.[13] That leaves us with *et puto nec mutuam esse . . . cum alia opione acceperit*: "and I think that it is not *mutuum* either . . . because he received it with a different opinion"; that is, it is not *mutuum* because the receiver thought it was not. That is an acceptable reason and comes naturally from the Latin. But on the traditional interpretation of the text it is not true, since the receiver thought that it was *mutuum*. It will only fit if, as we have suggested, this is in fact a case of *mutuum/donatio*, which is not *mutuum* because the transferee thinks it is not.[14]

(3) In the following *quare* clause we have a reference to consumption *secundum voluntatem dantis*: "in accordance with the intention of the transferor (*dantis*)", though both Walker and Oliver mistranslate "giver", which would be *donantis*. Now if the transferor intended a gift that would be a very odd explanation. No doubt a donor has no objection to the consumption of a gift, but we would not normally say that he intended it to be consumed. But if the transferor intended *mutuum* the clause is absolutely appropriate. The intention of the transferor in such a case is precisely that the money should be consumed (and an equivalent amount returned later). Indeed the standard English translation of *mutuum* is "loan for consumption", and although there is no precisely equivalent Latin expression, the intention of consumption is clearly implicit in passages like *G* 3 90 which talk of *mutuum* of goods *ut accipientium fiant et quandoque nobis non eaedem sed aliae eiusdem naturae reddantur*. Hence for this reason too the factual situation envisaged must be one in which the transferor is thinking of *mutuum* and the transferee of *donatio*.[15]

Bergsma has two further objections to the idea that this is a discussion

---

[13]Though Van Oven does so without comment and without surprise at p 77.

[14]Bergsma upholds the traditional view and translates: "because he accepted the *nummi* with another opinion (sc. than *he* had who gave them to him, namely *quasi donaturus*)". But that seems to me less easy to get out of the Latin, and it makes the argument very tortuous; in effect, it is not *mutuum* because the transferee (who thought it was) had a different opinion from the transferor. What is in substance the same argument could be expressed much more naturally by saying, it is not *mutuum* because the transferor did not think it was, *cum alia opinione dederit*.

[15]Bergsma finds the reference to consumption in accordance with the will of the transferor odd in either case and suggests that it is a gloss. That is a solution of last resort.

of a *mutuum/donatio* case rather than a *donatio/mutuum* one. First, she says, we would have no information about the winding up of the reverse case, the starting point of the exposé of Julian. But that case would not normally give rise to any problems, because donors do not usually try to recover their gifts. Secondly, she says, if we are concerned with a *mutuum/donatio* case the *exceptio doli* seems less equitable than in the reverse case. That is an argument from the point of view of the transferor. From his point of view the *exceptio doli* is less equitable when he intended *mutuum* than when he intended *donatio*. But from the transferee's point of view the *exceptio doli* is more equitable when he intended *donatio* than when he intended *mutuum*. The two arguments cancel out. In fact it is not possible to decide these two cases on that level or along those lines.

If we are right and *D* 12 1 18 is mainly concerned with a *mutuum/donatio* case then there is no fundamental conflict between the views of Julian or Ulpian. In the *donatio/mutuum* case, *constat* that ownership passes: in the *mutuum/donatio* case the better view (*magis*) is that it does not. At first sight the difference between the two cases is surprising. Let us, therefore, examine in more detail the legal consequences of the confusion in each case.

Donatio/mutuum

Ownership passes. Therefore there can be no *vindicatio* (even in the unlikely event that the donor wants one). Therefore there can be no justification for a *condictio* after consumption. Therefore there can be no question of an *exceptio doli*. The donor can recover nothing even if he wants to. This is an eminently sensible solution and fully justifies Julian's perfunctory discussion in *D* 41 1 36.

Mutuum/donatio

This is the much more interesting case because it would be quite natural for the transferor to try to recover his money and for the transferee to resist the claim. There is no adequate discussion in the secondary literature precisely because the texts are thought never to have raised the problem. Hence a detailed examination is called for.

(i) Before consumption. While the money is still there and identifiable in the hands of the transferee I can see no good reason why he should not repay it. He has not yet changed his position in reliance on what he thought was a *donatio* and he ought therefore to repay the transferor who intended only a *mutuum*. Up to this point a *vindicatio* or *condictio* would be equally effective (provided that the transferee was solvent), and to that extent, therefore, it does not matter whether ownership has passed or not.

(ii) After consumption. Here the position is far less clear. One might say that since both parties are innocent the loss should lie where it falls.[16] Or one might say that since the transferee has had the benefit of the money, since his accounts must in any case show a notional profit to that extent, he

[16]Cp *D* 50 17 128 *pr: In pari causa possessor potior haberi debet.* That is a different application of the same principle.

ought to repay it in any case. Bergsma says that the latter view is the more equitable and romanistic, implying that it is the only one which the Roman jurists can have given serious consideration. But is seems to me that the former might be equally good, particularly if the transferee had spent the money in a way he would not have dreamt of doing if he had known that he would have to repay it. Both views are perfectly romanistic. Which is the better need not concern us here. We need only to note that both views are reasonably tenable and that Ulpian appears to have supported the first. What is then significant is the legal technique by which he achieved that result, so that the transferee would be liable before consumption but not afterwards.

Now if the transferee was liable to a *condictio* before consumption, then there would be no basis for a change in his legal position because of the consumption and therefore there could be no justification for the introduction of the *exceptio doli* at that point. On the other hand, if the transferee was liable to a *vindicatio*, his legal position would be changed by consumption. He would normally have become liable to a *condictio* because of the consumption, but Ulpian nullifies that by means of the *exceptio doli* for the reason given. That was sufficient to achieve his purpose. What Julian's view was on this point we do not know.[17] I have suggested above that he left the question open, perhaps because he was not clear as to the desirable final result, perhaps because he was doubtful about the validity of the legal techniques available to achieve the first result; the second, of course, would have created no problem. But that is speculation.

Thus it can be seen that the apparently anomalous distinction between the *donatio|mutuum* and *mutuum|donatio* cases has good practical grounds to justify it in the light of the specific contracts involved. The Roman jurists do not draw any wider general conclusions from these cases in the texts and we are not justified in trying to do so. All this shows that Ulpian was a much more ingenious and practical lawyer than he is normally given credit for being in this context. □

Anyone who has succeeded to the age of reason now suspects that "guaranteed" means read the fine print, "tough" means it will break next year, and "sturdy" is something a five-year-old can reduce to its component parts while your back is turned.

Vincent Mulchrone in *The Star,* 16 April 1975

[17]Cp n 10 and corresponding text above.

Outeursreg en Persoonlikheidsregte: 'n Teoretiese Analise met Verwysing na Outeursregbevoegdhede in die Suid-Afrikaanse Reg

J Neethling

Universiteit van Suid-Afrika

SUMMARY

Copyright, as a subjective right, consists of *all those capacities* which the author can exercise *in connection with* his creation. The object of copyright is the work of the author and it can continue to exist independently from its creator. This right must be clearly distinguished from the rights of personality, the objects of which are inseparably connected with the possessor's personality.

The recognition of the so-called author's right of personality, however, tends to blur this clear distinction. According to the *dualistic doctrine* in this regard the author's right of personality must be distinguished from copyright. The first mentioned embraces, among others, the right to disclose the work or keep it secret, the right to be recognised as author of the work and the right to the integrity of the work. Protection in this respect is afforded under the personality rights to privacy and honour. This view is, however, in conflict with the correct theoretical approach with regard to copyright. As copyright consists of all those capacities which the author is entitled to exercise in connection with his work, the mentioned capacities are part of copyright, and not of the personality rights of the author. The approach of the *monistic doctrine* is accordingly to be preferred. This does not mean, however, that the personality interests of the author cannot also be infringed by the unauthorised assumption of the abovementioned capacities.

These capacities of the author, which have a non-patrimonial character, are almost neglected in South African law. Although the capacity to disclose the work or keep it secret can possibly be protected by the action for breach of trust or confidence, this action does not seem to form part of the positive law. The capacity to keep the integrity of the work intact, enjoys a restricted protection by the "right of action" in sect 43(4) of the Copyright Act. The capacity to claim authorship of the work is totally ignored. Nevertheless, the author can still claim protection of his rights of personality in this respect.

It is submitted that these capacities must be recognised by way of statute. Any unauthorised assumption of any of these in an unreasonable and substantial manner must ground a remedy for breach of copyright.

Die onderskeid tussen outeursreg as immaterieelgoedereg en die persoonlikheidsregte is nie slegs regsteoreties suiwer nie, maar ook van kardinale praktiese belang. Dié belangrikheid blyk pertinent uit 'n stelling van Copeling[1] dat 'n aksie gegrond op

> "the author's right to privacy . . . when used to protect confidential ideas or information existing in the fields of literature or art, is likely to be regarded as an

[1] *Copyright Law in South Africa* (1969) 178-9.

> action concerned with the protection of a right in the nature of copyright and, therefore, an action expressly excluded by the provisions of section 44(4) of the Act of 1965."

Die blote feit dat Copeling meen dat die persoonlikheidsreg op privaatheid waarskynlik as "a right in the nature of copyright" beskou sal word, dui op 'n verwarring van outeursreg en die persoonlikheidsregte en werk onbillike resultate in die hand. Gestel A stuur 'n vertroulike brief wat intiem persoonlike gegewens aangaande homself bevat aan B. Indien B die gegewens mondelings aan C openbaar, beteken dit volgens Copeling dat A waarskynlik nie die *actio iniuriarum* op grond van privaatheidskending kan instel nie – artikel 44(4) sluit dan sodanige aksie uit as sou die reg op privaatheid outeursregtelik van aard wees! Soos hieronder sal blyk, kan dié beskouing nòg op regswetenskaplike, nòg op praktiese gronde geregverdig word.

In die lig van bostaande beoog hierdie bespreking 'n ondersoek eerstens na die grondslag van die onderskeid tussen outeursreg en die persoonlikheidsregte, en tweedens na die wyse waarop die persoonlikheidsregte aansluiting vind by die outeursreg in gevalle waar dié regte oorvleuel. Sodanige oorvleueling vind gewoonlik plaas waar die outeur met betrekking tot sy skepping 'n persoonlikheidskrenking ondergaan. In so 'n geval kom die vraag na die bestaan van 'n outeurspersoonlikheidsreg ter sprake.

ONDERSKEID TUSSEN OUTEURSREG EN PERSOONLIKHEIDSREGTE

'n Behoorlike insig in die aard van die subjektiewe reg[2] is van die allergrootste belang by die onderskeid tussen outeursreg en die persoonlikheidsregte. Kenmerkend van die subjektiewe reg is die betrekking tussen 'n regsubjek en 'n ekonomies waardeerbare regsobjek.[3] Trouens, Joubert[4] voer aan:

> "Die deurslaggewende aspek van die subjektiewe reg is die betrekking tussen *subiectum* en *obiectum iuris* . . . [D]ie aard van die regsobjek, sy ekonomiese waarde en die wyse waarop dit gebruik kan word, is in 'n hoë mate bepalend vir die aard van die reg wat daarop bestaan."

Aan Kohler kom die verdienste toe dat hy die eerste was om outeursreg en die persoonlikheidsregte te onderskei ooreenkomstig die aard van die objekte waarop hulle betrekking het.[5] Terwyl Gierke en sy voorgangers die geestesskeppinge van die mens op kulturele en tegnologiese gebied as deel van sy persoonlikheid beskou het, het Kohler op oortuigende wyse aangetoon dat die skepper se skepping selfstandig van sy persoonlikheid bestaan; dat die skepping inderdaad buite die menslike persoonlikheid geleë is en 'n aparte katagorie regsobjekte vorm, te wete immateriële goedere.[6] As objek van die immaterieelgoedereereg beskou Kohler tereg nie die voorwerp

---

[2]Vir 'n kort samevatting van die momente van die figuur, sien Joubert "'n Realistiese Benadering van die Subjektiewe Reg" 1958 *THRHR* 114-5.
[3]Sien Joubert *Grondslae van die Persoonlikheidsreg* (1953) 119; 1958 *THRHR* 114 en Van Heerden *Grondslae van die Mededingingsreg* (1961) 113.
[4]1958 *THRHR* 115.
[5]Sien Joubert *Grondslae* 21 ev en Van Heerden aw 133.
[6]Joubert ibid en Van Heerden 134-6.

waarin die skeppingsidee hom konkretiseer nie, maar wel die idee self wat nou selfstandig buite die skepper se persoonlikheid staan en in 'n tegniese middel of kunswerk beliggaam is.[7] Hierteenoor staan die objek van die persoonlikheidsregte wat vir Kohler die totale fisies-geestelike persoonlikheid van die mens verteenwoordig.[8] Volgens Joubert[9] kan die mens self egter nooit die objek van 'n persoonlikheidsreg wees nie. Dit is wel denkbaar dat bepaalde sye of kante van die menslike persoonlikheid, soos sy liggaam, goeie naam en privaatheid, vatbaar is vir juridiese objektivering. Persoonlikheidsregte kan gevolglik slegs bestaan met betrekking tot die regsgoedere wat onlosmaaklik met die persoonlikheid van die reghebbende verbonde is.[10]

Die onderskeid tussen outeursreg en die persoonlikheidsregte berus dus fundamenteel op die verskillende aard van die regsobjekte waarop dié regte betrekking het. Van Heerden[11] verklaar:

> "Dit val tog nie te ontken nie dat daar 'n wesentlike verskil bestaan tussen die geestelike skeppings van die mens wat geskei van hulle skepper kan bly voortbestaan, en goedere soos die eer en die goeie naam wat onafskeidbaar met die persoonlikheid verbonde is."

Daarom kan die reg op privaatheid nooit "a right in the nature of copyright" wees nie. Tog is dit verbasend dat vele moderne skrywers hierdie eenvoudige waarheid misken of verdraai, veral deur die erkenning van 'n sogenaamde outeurspersoonlikheidsreg. 'n Nadere presisering van outeursreg as subjektiewe reg is gevolglik van belang.

OUTEURSREG AS SUBJEKTIEWE REG: OUTEURSPERSOONLIKHEIDSREG

Soos gesien, bestaan outeursreg as subjektiewe reg primêr uit 'n regsbetrekking tussen die outeur as regsubjek en sy skepping of immateriële goed as regsobjek. Die inhoud van outeursreg, soos trouens alle subjektiewe regte, vind vergestalting in *alle beskikkings- en genotsbevoegdhede* wat die reghebbende, binne die perke van die regsorde, *ten aansien van sy skepping* kan uitoefen.[12] Strauss en andere[13] verklaar dienooreenkomstig:

> "'n Teoreties suiwere benadering is om outeursreg te omskryf as 'n reg wat aan die reghebbende die bevoegdheid verleen om die werk, kommersieel en andersins, te gebruik en te benut."

Word enige van hierdie bevoegdhede sonder die outeur se toestemming deur 'n buitestaander uitgeoefen of misken, is sodanige handeling onregmatig synde 'n skending van outeursreg.[14] Die presiese aard en omvang van die inhoudsbevoegdhede word bepaal met verwysing na die norme van die objektiewe reg.[15]

---

[7]Van Heerden aw 136 en Strauss, Strydom en Van der Walt *Die Suid-Afrikaanse Persreg* (1968) 263 vn 1.
[8]Joubert *Grondslae* 23.
[9]*Grondslae* 124 ev.
[10]Joubert *Grondslae* 129.
[11]aw 137; sien ook Joubert *Grondslae* 139 en Strauss en andere aw 264-5.
[12]Sien Strauss en andere aw 268; Joubert *Grondslae* 111 en 1958 *THRHR* 114-5.
[13]aw 268-9.
[14]Strauss en andere aw 268.
[15]Vgl ibid 269.

Hierdie beskouing van outeursreg word egter nie deurgaans nagevolg nie. Vele skrywers[16] huldig naamlik die opvatting dat die immaterieelgoedereereg slegs die een kant van die reg verteenwoordig wat die outeur ten aansien van sy skepping het. Daarnaas behou hy ook nog altyd sy persoonlikheidsreg selfs nadat die skepping van hom afgeskei het. Hierdie skrywers is dit egter nie met mekaar eens oor die aard van dié persoonlikheidsreg en die plek wat dit binne die raamwerk van die outeursreg (in objektiewe sin) vul nie.

Enersyds is daar skrywers soos Kohler[17] en Joubert[18] wat in die onderskeiding tussen outeurspersoonlikheidsreg en outeurs-immaterieelgoedereereg 'n sogenaamde *dualistiese leer* handhaaf. Deur die skepping van die werk ontstaan daar nie 'n enkel reg nie, maar 'n "Doppelrecht".[19] Die outeur se persoonlikheidsreg omvat "die reg dat sy persoonlikheid self nie aangetas sal word met betrekking tot sy skepping nie."[20] Dié persoonlikheidsreg kom veral daarin tot uiting dat die outeur 'n reg op geheimhouding het totdat hy besluit om die werk te openbaar, dat hy 'n reg op erkenning van sy outeurskap het en laastens dat sy werk nie in 'n veranderde vorm aan hom toegeskryf mag word nie.[21] Die beskerming teen publikasie of openbaarmaking word gewoonlik tuisgebring onder die reg op privaatheid ("Geheimsphäre");[22] dié tot erkenning van outeurskap onder die reg op die eer of individualiteit;[23] en dié ten aansien van die integriteit van die werk teen onbevoegde veranderinge onder die reg op die eer.[24] Hierdie beskouing is myns insiens egter nie te vereenselwig met die teoreties suiwere benadering ten aansien van outeursreg hierbo ingeneem nie. Daarvolgens omvat outeursreg alle bevoegdhede wat aan die reghebbende verleen word om oor sy werk te beskik, dit te gebruik en te geniet. In beginsel behoort die outeur die bevoegdheid te hê om self te besluit of en wanneer hy sy werk wil openbaar, om self veranderinge aan sy werk aan te bring en om sy outeurskap met betrekking tot sy werk erken te sien. Aangesien die outeur dié bevoegdhede ten aansien van sy skepping het, moet hulle geld as inhoudsbevoegdhede ontleen aan outeursreg. Enige onbevoegde aanmatiging of miskenning van hierdie bevoegdhede skend dus primêr outeursreg as immaterieelgoedereereg, en nie die persoonlikheidsregte van die outeur nie. Hiermee gaan Joubert[25] akkoord slegs wat die bevoegdheid tot openbaarmaking betref. Hy beskou dit tereg as 'n beskikkingsbevoegdheid wat die outeur ten aansien van sy skepping het en nie as 'n persoonlikheidsreg nie.

---

[16]Soos Ulmer *Urheber-und Verlagsrecht* (1960); Fromm en Nordeman *Urheberrecht* (1970); Hubmann *Urheber-und Verlagsrecht* (1959); Rintelen *Urheberrecht und Urhebervertragsrecht* (1958); Wink *Outeursrecht in Nederland* (1952); en Kohler *Urheberrecht* (1895).
[17]a w 258.
[18]*Grondslae* 139 vn 72.
[19]Ulmer a w 96.
[20]Joubert *Grondslae* 22.
[21]Van Heerden a w 135 en Joubert *Grondslae* 22 en 133.
[22]Joubert *Grondslae* 133.
[23]ibid; sien ook Ulmer a w 97.
[24]Sien Van Heerden a w 135; Joubert (*Grondslae* 133) sê in hierdie verband: "Wat hier ter sprake kom, is nie die outeur se immaterieelgoedereereg op sy werk, sy heerskappy oor sy skepping nie, maar sy *eer*."
[25]*Grondslae* 133.

Ongelukkig, soos gesien, voer hy nie hierdie beskouing konsekwent deur ten aansien van alle outeursbevoegdhede nie.

Hiermee word egter nie te kenne gegee dat die outeur se persoonlikheidsregte nie ook deur die aanmatiging of miskenning van bogenoemde outeursbevoegdhede geskend kan word nie. So kan die outeur se reg op privaatheid in gedrang kom indien sy skepping ongemagtig openbaar gemaak word. Joubert[26] verklaar dat "afgesien van sy ongestoorde beskikking oor die goed in vermoënsregtelike sin, kan van belang vir hom ook wees dat die feit dat hy die produk geskep het, ens, nie openbaar gemaak moet word nie." Net so kan onbevoegde veranderinge aan 'n werk tot eerskending lei. Saam met Joubert[27] kan die gevolgtrekking gemaak word dat dit geensins doenlik is om 'n aparte outeurspersoonlikheidsreg te onderskei nie. Dié reg is reeds net 'n onderdeel van die selfstandige persoonlikheidsregte. In beginsel behoort dit tog geen verskil te maak op welke wyse 'n persoon 'n persoonlikheidskrenking aangedoen word nie. Steeds staan die persoonlikheidsregte, met persoonlikheidsgoedere as objek, op die voorgrond. Hiernaas, as selfstandige subjektiewe reg, staan outeursreg as immaterieelgoedereg met die afgeskeide skepping as objek.

Andersyds is daar skrywers, veral onder die hedendaagse Duitse juriste, wat 'n sogenaamde *monistiese leer* ten aansien van outeursreg handhaaf.[28] Hiervolgens word outeursreg as 'n enkel reg beskou wat sowel vermoënsregtelike as persoonlikheidsregtelike elemente bevat.[29] Die outeursreg sluit dus ook 'n outeurspersoonlikheidsreg in.[30] Laasgenoemde word egter van die selfstandige persoonlikheidsregte onderskei.[31] Ulmer[32] stel dit soos volg:

> "Das Urheberpersönlichkeitsrecht unterscheidet sich von dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und den aus ihm fliessenden einzelnen Rechten durch seinen Bezug auf ein bestimmtes, von Urheber geschaffenes Werk sowie dadurch, dass es neben den persönlichen auch die geistigen Interessen des Urhebers schützt, die sich auf Bestand und Unversehrtheit des Werkes richten."[33]

Die wesentlike kenmerk van die outeurspersoonlikheidsreg is dus daarin geleë dat dit uit die skepping van 'n werk voortvloei[34] en in verbinding staan met die outeur se immaterieelgoedereg. Al die elemente van outeursreg is in 'n eenheid verbind sodat die outeurspersoonlikheidsreg geen selfstandige reg is nie, maar altyd saam met die immaterieelgoedereg van die

---

[26]ibid.
[27]ibid.
[28]Joubert *Grondslae* 139 vn 72.
[29]Ulmer (a w 11) sê in hierdie verband: "Unter die Immaterialgüterrechte kann man daher die Urheberrechte nur rechnen, wenn man den Begriff nicht im Kohlerschen Sinn auf Vermögensrechte beschränkt, sondern auch Rechte einbezieht, die neben vermögensrechtlichen persönlichkeitsrechtliche Elemente enthalten."
[30]ibid 36.
[31]Ulmer a w 41; sien ook Fromm en Nordeman a w 106.
[32]a w 41.
[33]Nietemin voer die meeste skrywers aan dat die outeurspersoonlikheidsreg nou verwant is aan die algemene persoonlikheidsreg – sien Ulmer a w 42; Fromm en Nordeman a w 106 en Rintelen a w 39.
[34]Rintelen a w 39.

outeur bestaan.[35] Die onderskeid tussen outeurspersoonlikheidsreg en die persoonlikheidsregte blyk verder uit die feit dat terwyl laasgenoemde nie oorerflik is nie, die outeurspersoonlikheidsreg wel op die erfgename oorgaan.[36] Alhoewel al die skrywers dit nie eens is nie, is die oorwig van mening dat die outeurspersoonlikheidsreg nie oordraagbaar is nie. So verklaar Rintelen[37] dat in die Duitse reg aangeneem word dat

> "bei einer Übertragung des Urheberrechts unter Lebenden nur die Nutzungsrechte als übertragbar oder einräumbar gelten, dass aber die persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse beim Urheber bleiben."[38]

Die vraag ontstaan welke persoonlikheidsregtelike bevoegdhede 'n outeur ten aansien van sy skepping het. In eerste instansie word tot die persoonlikheidsregtelike bevoegdhede van die outeur gereken die bevoegdheid om te besluit of, wanneer en op welke wyse hy sy werk openbaar gaan maak. Vir Ulmer is dit egter geen uitgemaakte saak of hierdie bevoegdheid immaterieel- of persoonlikheidsregtelik van aard is nie. Hy besluit:[39]

> "In Wahrheit ist das Veröffentlichungsrecht ein Grundrecht des Urhebers, das in den Nutzungsrechten seine nähere Ausprägung erfahren hat."

Nietemin bevat die bevoegdheid ook 'n persoonlikheidsregtelike element, wat uitdrukking vind in die geheimhoudingsbelang van die outeur.[40] 'n Tweede persoonlikheidsregtelike bevoegdheid, wat nou verband hou met die vorige, is die bevoegdheid om publikasie te voorkom ("Widerruf") en om die werk na publikasie ("Rückruf") terug te trek. Indien die outeur die bevoegdheid om die werk te publiseer aan 'n ander persoon oorgedra het, kan die outeur hierdie voorkomings- en terugtrekkingsbevoegdheid uitoefen indien hy byvoorbeeld nie meer die verantwoordelikheid vir openbaarmaking wil onderneem nie, of as hy deur die openbaarmaking benadeel kan word.[41] Derdens het die outeur ook die bevoegdheid om die inhoud van die werk openlik te beskryf en mee te deel terwyl die werk as sodanig nog geheim gehou word.[42] In die vierde plek kan die outeur, as skepper van die werk, nie alleen erkenning van outeurskap eis nie, maar ook die outeursidentiteit bepaal. Wat laasgenoemde betref, besluit hy in die besonder of die werk onder sy eie naam, 'n skuilnaam of anoniem sal verskyn.[43] Vyfdens

---

[35]Ulmer a w 42.
[36]Rintelen a w 161-2 en Ulmer a w 42.
[37]a w 164-5.
[38]Hierteenoor staan a 9 van die Switserse Wetboek: "Das Recht des Urheber ist übertragbar und vererblich"; sien ook Rintelen a w 165.
[39]a w 261; sien ook Hubmann a w 135.
[40]Hubmann a w 135. In Nederland word die bevoegdheid tot openbaarmaking waarskynlik nie as persoonlikheidsregtelik gereken nie. Hierdie afleiding kan by implikasie gemaak word uit die feit dat Wink (a w 16-18) hierdie bevoegdheid nie saam met die outeurspersoonlikheidsreg bespreek nie (sien ook Wink a w 12 en Rothenberg *Copyright and Public Performance of Music* (1954) 89-90). In Frankryk word hierdie bevoegdheid wel as inherent in die "droit moral" van die outeur beskou. (Joubert *Grondslae* 58 en Rothenberg a w 90). Ook in Kanada word die bevoegdheid tot geheimhouding beskerm deur die sogenaamde "moral rights clause". (Wittenberg *The Protection of Literary Property* (1968) 97).
[41]Sien oor die algemeen Ulmer a w 261-4.
[42]Ulmer a w 265-6 en Hubmann a w 136.
[43]Ulmer a w 267-9 en Hubmann a w 136-8.

kan die outeur die integriteit en bestaan van sy werk verseker. Dit beteken dat die outeur die alleenbevoegdheid het om veranderinge aan sy werk aan te bring en dat 'n persoon wat hom dié bevoegdheid sonder toestemming aanmatig, outeursreg skend.[44] Ten slotte het die outeur ook die bevoegdheid om self toegang tot sy werk te verkry, byvoorbeeld in 'n biblioteek.[45]

Samevattend kan van die voorstanders van die monistiese leer verklaar word dat hulle tereg die persoonlikheidsregte van die persoonlikheidsregtelike bevoegdhede van die outeur onderskei. Die persoonlikheidsregtelike bevoegdhede omvat saam met die vermoënsregtelike bevoegdhede van die outeur sy outeursreg as enkel reg. Vir sover die skrywers al die bevoegdhede wat die outeur ten aansien van sy skepping het, van welke aard ook al (vermoënsregtelik of persoonlikheidsregtelik) as die inhoud van outeursreg beskou, moet hulle gelyk gegee word.[46] Soos reeds gesê, bestaan outeursreg uit al die beskikkings- en genotsbevoegdhede wat die outeur ten aansien van sy skepping kan uitoefen. Dat hierdie bevoegdhede die outeurswerk en nie die outeurspersoonlikheid as objek het nie, blyk ook uit die feit dat wanneer outeursreg vererf, al die bevoegdhede op die erfgename oorgaan. 'n Probleem duik egter by oordrag van outeursreg op. By oordrag gaan, soos gesê, slegs die vermoënsregtelike bevoegdhede oor ten spyte daarvan dat outeursreg as 'n enkel reg beskou word. Die persoonlikheidsregtelike bevoegdhede bly normaalweg by die outeur weens die noue geestelike band want tussen hom en sy skepping bestaan. Myns insiens is daar geen beswaar teen hierdie verskynsel in te bring nie. In eerste instansie sou dit onbillik wees indien die outeur bloot deur oordrag alle verbintenis met sy skepping verbreek. Tweedens het mens hier met gedeeltelike oordrag van outeursreg te make sodat die outeur en die regsverkrygende afsonderlike bevoegdhede ten aansien van dieselfde werk uitoefen.[47] Aan die ander kant behoort outeurspersoonlikheidsregtelike bevoegdhede in sekere omstandighede tog ook oordraagbaar te wees. Indien erfgename die bevoegdhede na die outeur se dood kan uitoefen, bestaan daar geen rede waarom sommige van die bevoegdhede nie ook tydens sy lewe aan buitestaanders oorgedra kan word nie. So kan 'n mens jou goed indink dat die outeur byvoorbeeld sy bevoegdhede om die inhoud van die werk voor publikasie openlik te beskryf en mee te deel, aan 'n ander kan verleen. Ten slotte is dit myns insiens nie doenlik om van outeurspersoonlikheidsregtelike bevoegdhede te praat nie aangesien die benaming slegs tot verwarring met die selfstandige persoonlikheidsregte aanleiding kan gee. Die regsobjek by eersgenoemde is steeds die outeurswerk en nie die outeurspersoonlikheid nie. Daarom is dit verkieslik om die begrippe vermoënsregtelike en nie-vermoënsregtelike bevoegdhede van die outeur ten aansien van sy skepping te gebruik.

---

[44]Ulmer a w 269 e v; Hubmann a w 138-40 en Wink a w 17.

[45]Ulmer a w 273-4; Hubmann a w 140-1 en Wink a w 17.

[46]Vergelyk egter Joubert *Grondslae* 139 vn 72 en 73: hy beskou hierdie bevoegdhede van die outeur as "bestanddele in die algemene vryheid of in die handelingsbevoegdheid van die mens."

[47]Strauss en andere (a w 284) sê met betrekking tot gedeeltelike oordrag: "Om te begryp wat onder 'n gedeeltelike oordrag van outeursreg verstaan word, moet in gedagte gehou word dat die houer van outeursreg sekere bevoegdhede het. Indien die houer slegs een of 'n paar van die bevoegdhede aan 'n ander oordra, het mens met gedeeltelike oordrag te doen."

Samevattend kan van die inhoud van outeursreg as subjektiewe reg verklaar word dat dit bestaan uit *al* die bevoegdhede, *van welke aard ook al* wat die outeur *ten aansien van* sy skepping as immateriële goed kan uitoefen. Enige buitestaander wat hom hierdie bevoegdhede op 'n onbevoegde wyse aanmatig, of dit misken, skend outeursreg. Dat sodanige handelinge ook die persoonlikheidsregte kan skend, val nie te ontken nie. Die beskermingswaardige objek is dan nie die immateriële goed nie, maar wel die persoonlikheidsgoed. Dit is dus onwetenskaplik, hoe gerieflik ook al, om die persoonlikheidsregte onder outeursreg tuis te bring.

OUTEURSREGBEVOEGDHEDE IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

Met bostaande analise van outeursreg as agtergrond, is 'n ondersoek na die outeursregbevoegdhede in Suid-Afrika my doel, en dan meer in besonder daardie bevoegdhede wat as "persoonlikheidsregtelik" op die Vasteland bestempel word. Outeursbevoegdhede ontleen hulle bestaan, soos hierbo gestel, aan die norme van die objektiewe reg. Die belangrikste bron van die objektiewe reg waar outeursbevoegdhede in Suid-Afrika vasgestel kan word, is die Wet op Outeursreg 63 van 1965. Die wet[48] definieer outeursreg as

> "die uitsluitlike reg . . . om met betrekking tot daardie werk in die Republiek handelinge te verrig en ander te magtig om dit aldaar te verrig wat in enige toepaslike bepaling van hierdie Wet aangedui word as handelinge wat deur die outeursreg in 'n werk van daardie aard beperk word."

Outeursreg word dus enersyds positief en andersyds negatief omskryf. In positiewe sin word dit omskryf as 'n reg om sekere handelinge te verrig (bevoegdhede uit te oefen). In negatiewe sin moet hierdie bevoegdhede vasgestel word met verwysing na die handelinge van buitestaanders wat volgens die wet deur die outeursreg op 'n werk verbied (beperk) word.[49] Strauss en andere[50] verklaar:

> "In plaas van om die bevoegdhede wat die houer van 'n outeursreg op 'n besondere werk het uiteen te sit, het die Wetgewer die tegniek gevolg om in die geval van elke soort werk op negatiewe wyse te bepaal welke handelinge buitestaanders *nie mag verrig nie*."

'n Ondersoek na die handelinge wat deur die wet verbied word en die nienakoming waarvan dus op outeursreg inbreuk maak, is gevolglik noodsaaklik om vas te stel welke bevoegdhede die outeur self ten aansien van sy werk het.

Inbreukmaking op outeursreg kan direk of indirek wees. Dit is direk indien die regskrenker enige handeling verrig wat spesifiek deur die wet verbied word as handelinge wat deur die outeursreg op 'n werk beperk word. Dit is indirek indien die regskrenker nie enige van hierdie beperkte handelinge verrig nie, maar nietemin bewustelik iets doen tot bevordering daar-

---

[48]a 1(1) (xxxii); sien ook Copeling a w 65 en Strauss en andere a w 268.
[49]Strauss en andere a w 268 en Copeling a w 7.
[50]268; sien ook 269.

van.[51] As voorbeeld van direkte inbreuk kan genoem word die handelinge wat ten aansien van oorspronklike letterkundige, dramatiese of musikale werke beperk word en omgekeerd die inhoudsbevoegdhede van outeursreg op hierdie werke daarstel.[52] Artikel 3(4)[53] verbied naamlik die reproduksie in enige stoflike vorm, publikasie, openbare op- of uitvoering, uitsaai, versending aan intekenaars op 'n verspreidingsdiens en die vervaardiging van 'n aanwending[54] van 'n oorspronklike letterkundige, dramatiese of musikale werk. Hierdie beperkinge geld met betrekking tot gepubliseerde sowel as ongepubliseerde werke[55] en publikasie beteken die uitreiking van reproduksies van die werk aan die publiek.[56] Met betrekking tot hierdie handelinge is dit noodsaaklik dat daar inderdaad *kopiëring* moet wees. Indien nie, kan daar van skending van outeursreg nie sprake wees nie.[57] Hierdie outeursregbevoegdhede verteenwoordig in hoofsaak die outeur se beskikkings- en genotsbevoegdhede om die werk te reproduseer, te publiseer, ens en sodoende die kommersiële potensiaal daarvan te eksploiteer. Primêr gaan dit dus om die beskerming van vermoënsregtelike belange van die outeur. Dit blyk ook uit die remedies ter beskikking van die outeur by skending van outeursreg, naamlik skadevergoeding, die interdik en rekenskap van winste "op dieselfde wyse as by 'n soortgelyke geding ten opsigte van die *skending van enige ander vermoënsregte*".[58]

Die nie-vermoënsregtelike bevoegdhede, in abstracto gesien, soos die bevoegdhede van die outeur om verandering aan sy werk aan te bring, het die wetgewer op hierdie wyse nie veel tot hul reg laat kom nie. Dit beteken egter nie dat die erkenning en beskerming van hierdie bevoegdhede geheel en al agterweë gelaat is nie. Die wetgewer verskaf naamlik in sekere gevalle 'n remedie teen handelinge van buitestaanders met betrekking tot die werk. Alhoewel dié handelinge met betrekking tot die werk nie *uitdruklik* in die wet beperk word nie, beteken die feit dat 'n remedie verskaf word tog dat sodanige handelinge beperk word en dat die outeur gevolglik self die handelinge (bevoegdhede) ten aansien van sy werk kan uitoefen. Ons behandel hierdie gevalle agtereenvolgens:

(i) In eerste instansie is dit van belang om te bepaal in welke mate erkenning verleen word aan die bevoegdheid van die outeur tot openbaarmaking of geheimhouding van sy werk. Dié bevoegdheid word in Vastelandse sowel as "common law"-lande erken.[59] Die enigste aanduiding van so-

---

[51]Copeling a w 64; Strauss en andere a w 289-90; vir doeleindes van hierdie bespreking kan gevalle van indirekte skending oor die hoof gesien word.

[52]Soortgelyke of analoë bevoegdhede word ook negatief geskep ten aansien van artistieke werke (a 4(4): Copeling a w 112-114); klankopnames (a 13(4): Copeling a w 126-129); rolprente (a 14(4): Copeling a w 129-130); klank- en televisie-uitsending (a 15(3): Copeling a w 133-138) en gepubliseerde werke (a 16(3): Copeling a w 139).

[53]Sien oor die algemeen Copeling a w 71-82.

[54]Sien verder a 3(4)(g).

[55]a 3(1) en (2).

[56]Copeling a w 52 en 73.

[57]Copeling a w 65 e v.

[58]a 18 van die Wet op Outeursreg (my kursivering).

[59]Met betrekking tot Duitsland, sien Hubmann a w 135; in die VSA hou die "common law"-outeursreg, wat die beskerming van outeursbelange voor publikasie ten doel het, onder andere ook dié bevoegdheid van die outeur in: "He may determine when,

danige erkenning blyk uit die feit dat die Wet op Outeursreg ook die ongemagtigde publikasie, reproduksie, ens van *ongepubliseerde* werke belet. Die outeur kan egter nie hiervolgens 'n buitestaander verhinder om onbevoeg kennis van die inhoud van die werk te neem, dit mondelings mee te deel en openlik te beskryf (uitgesonderd in gevalle van openbare opvoerings en radio-uitsendings) of die feit dat hy die werk geskryf het, openbaar te maak nie.[60] Met die eerste oogopslag skyn dit asof die wetgewer in hierdie verband met artikel 44(3)[61] 'n soortgelyke remedie as die Engelsregtelike "action for breach of trust or confidence" (vertroulikheidskending)[62] vir die Suid-Afrikaanse reg wou skep. Dié aksie kan ingestel word teen iemand wat ingevolge 'n vertroulike verhouding met 'n ander persoon verplig is om sekere inligting nie te openbaar nie, en hy dit wel doen of dreig om dit te doen. Ook is die remedie beskikbaar teen 'n buitestaander wat ten tyde van sy verkryging van die inligting bewus was van die vertroulike aard daarvan. Onlangse beslissings[63] dui egter daarop dat dié remedie nie deel van ons reg is nie. Nietemin is 'n ondersoek na die grondslag van die aksie met betrekking tot die beskerming van vertroulike inligting ten aansien van 'n werk waarop outeursreg bestaan, van belang aangesien ook in hierdie verband outeursreg met die persoonlikheidsregte verwar word.

In die Engelse reg word die grondslag van die "action for breach of trust or confidence" enersyds as kontraktueel gesien waar daar inderdaad 'n kontraktuele *nexus*, uitdruklik of stilswyend, tot stand gekom het.[64] Andersyds, waar die *nexus* ontbreek, is die aksie suiwer op beginsels van "equity" gegrond. In so 'n geval word die kontraktuele *nexus* gewoonlik gefingeer.[65] 'n Mens mag egter nooit met fiksies tevrede wees nie aangesien die ware grondslag van aanspreeklikheid op dié wyse verdoesel word. Joubert[66] verklaar in hierdie verband:

> "[A]s ons die vraag stel, wat deur die fiksie gedek word, wat agter die fiksie skuil, kan ons veilig aanneem: die persoonlikheidsreg van privaatheid van die outeur."

Dit beteken egter nie dat slegs die reg op privaatheid deur die fiksie gedek word nie. Myns insiens is die aksie vir vertroulikheidskending mbt 'n werk

---

where and to whom it shall be divulged and by what means of communication it is to be conveyed" (Wittenberg a w 39; sien ook Rothenberg a w 5 en 7-8 en Pilpel en Goldberg *A Copyright Guide* (1969) 1).

[60]Sien Copeling a w 174, veral vn 3.

[61]Die artikel bepaal naamlik: "Geen bepaling in hierdie Wet raak die toepassing van enige billikheidsreël met betrekking tot troubreuk of die skending van vertroue nie"; sien verder oor die algemeen Strauss en andere a w 303 e v en Copeling a w 170 e v.

[62]Strauss en andere a w (303 vn 289) verkies die benaming "troubreuk" as vertaling vir "breach of trust of confidence". Myns insiens is troubreuk 'n familieregtelike begrip wat in hierdie verband net tot verwarring kan lei. Gevolglik doen ek die benaming "vertroulikheidskending" aan die hand aangesien dié begrip 'n meer getroue aanduiding is van wat in die onderhawige gevalle op die spel is.

[63]Sien *Dun and Bradstreet (Pty) Ltd v SA Merchants Combined Credit Bureau (Cape) (Pty) Ltd* 1968 1 SA 209 (K) en *Stellenbosch Wine Trust Ltd v Oude Meester Group Ltd* 1972 3 SA 152 (K) 160-1; vergelyk egter *Goodman v Van Moltke* 1938 CPD 153.

[64]Copeling a w 171 vn 2.

[65]Copeling a w 171 vn 5; sien ook Joubert *Grondslae* 147-8 vn 98; in *Goodman v Van Moltke* supra het die hof met dieselfde fiksie gewerk.

[66]*Grondslae* 148 vn 98.

waarop outeursreg bestaan in eerste instansie op outeursreg gefundeer.

Hierdie mening is nie alleen regsteoreties suiwer nie, maar ook histories regverdigbaar. In *Miller v Taylor*[67] het lord Mansfield verklaar dat die *common law*-outeursreg, wat in 1911 deur die "Copyright Act" afgeskaf is, behalwe die eintlike outeursreg ook elemente bevat het wat die Vastelandse juriste tot die persoonlikheidsregtelike bevoegdhede van die outeur reken. Een van hierdie elemente, naamlik die alleenbevoegdheid van die outeur tot openbaarmaking, omskryf lord Burron in *Jeffereys v Boosey*[68] soos volg:

> "He has the undisputed right to his manuscript; he may withhold, or he may communicate it, and, communicating, he may limit the number of persons to whom it is imparted, and impose such restrictions as he pleases upon their use of it."

Hierdie elemente is egter weer indirek herstel deur die verlening van die aksie vir vertroulikheidskending in artikel 31 van bogenoemde wet. Omdat dit vir die outeur onontbeerlik is om dié alleenbeskikkingsbevoegdheid oor sy werk uit te oefen, het die Engelse howe die herstelling bewerkstellig deur middel van die fiksie waarna hierbo verwys is.[69] Outeursreg, en nie die persoonlikheidsreg op privaatheid nie, fundeer dus in eerste instansie die aksie vir vertroulikheidskending in bogenoemde gevalle.

Hiermee wil ek nie ontken nie, maar tewens sterk beklemtoon, dat die reg op privaatheid van die outeur ook aangetas kan word deur 'n onbevoegde openbaarmaking. Dit sou egter slegs die geval wees indien die vertroulike inligting met betrekking tot die werk ook private en persoonlike feite rakende die outeur bevat.[70] Ook is dit goed denkbaar dat nie slegs privaatheid nie, maar ook ander persoonlikheidsgoedere, soos die goeie naam van die outeur, deur die onbevoegde openbaarmaking geskend kan word.

Uit bostaande kan mens konkludeer dat die Suid-Afrikaanse reg, anders as ander regstelsels, "ein Grundrecht des Urhebers",[71] naamlik sy alleenbeskikkingsbevoegdheid tot openbaarmaking van sy werk, feitlik negeer. Die leemte kan enersyds gevul word deur die erkenning van die aksie weens vertroulikheidskending "as part of the legal machinery of this country, especially in relation to the field of copyright law".[72] Aangesien dit egter onwaarskynlik is, in die lig van resente gewysdes, dat dié remedie ooit erkenning sal geniet, kan die leemte andersyds by wyse van 'n uitdruklike bepaling in die Wet op Outeursreg reggestel word.[73]

---

[67]98 ER 252.

[68](1854) 4 HLC 815 962; hierdie dictum is ook aangehaal in *Nelson v Meurant and Quin* (1874) 4 Buch 46 52.

[69]Joubert *Grondslae* 147 vn 98 en Copeling a w 179 vn 1.

[70]Sien Strauss en andere a w 305-6. Nie slegs onbevoegde openbaarmaking nie, maar ook onbevoegde kennisname van private feite skend die reg op privaatheid: sien 1972 *THRHR* 370 371-2.

[71]Ulmer a w 261.

[72]Copeling a w 177.

[73]Hierteenoor staan Strauss en andere (a w 305-6) wat behalwe die persoonlikheidsreg, die beskerming van vertroulike inligting slegs oor die boeg van die mededingingsreg wil gooi. (Vgl ook die *Dun*-saak supra 221-222 en die *Stellenbosch Wine*-saak supra 160-1). Ten onregte. In stryd met hulle eie uitgangspunt (sien supra vn 13) negeer hulle sodoende die teoretiese en praktiese uitwerking van outeursreg.

(ii) Vervolgens geniet die alleenbevoegdheid van die outeur om veranderinge aan sy werk aan te bring en die integriteit van sy werk te verseker die aandag. In hierdie opsig is die wetteregtelike remedies[74] teen wat heel algemeen omskryf word as valse toeskrywing van outeurskap van belang.[75] Anders as wat Strauss en andere[76] te kenne gee, gaan dit myns insiens in twee van hierdie gevalle[77] juis om aantasting van outeursreg. In die eerste plek verskaf artikel 43(4) 'n "reg van aksie"[78] (interdik en aksie om skadevergoeding) aan die outeur waar veranderinge aan sy artistieke werk (of 'n reproduksie daarvan) aangebring is nadat hy van die besit daarvan afstand gedoen het en sonder sy lisensie as sy onveranderde werk (of reproduksie) gepubliseer, verkoop, uitgeleen vir huur, of aangebied of uitgestal word vir verkoop of verhuur. Die wetgewer verskaf dus 'n remedie in gevalle waar, sonder die outeur se toestemming, sy artistieke werk in veranderde vorm aan hom toegeskryf word. Dit beteken dat dié handelinge met betrekking tot die outeurswerk beperk is en dat die outeur gevolglik self die bevoegdheid het om sy werk te verander en dit in veranderde vorm te publiseer, te verkoop, ens. Die bevoegdheid kan hy natuurlik ook aan buitestaanders by wyse van lisensie verleen. Dit is egter jammer dat die wetgewer die belang van die outeur in die integriteit van sy werk nie tot sy volle reg laat kom het nie aangesien die blote verandering van die werk, sonder toeskrywing daarvan aan die outeur, nie outeursreg skend nie.

Hierdie oogmerk kan bereik word deur artikel 6 van die Bern-konvensie op die wetboek te plaas. Hiervolgens word onder andere aan die outeur die bevoegdheid verleen om gedurende sy leeftyd beswaar te maak teen "any distortion, mutilation or other alteration" van sy skepping. Sodanige erkenning sou egter nie beteken dat die outeur, nadat hy die werk aan 'n ander oorgedra het, nog steeds veranderinge daaraan kan aanbring nie. Deur oordrag word sy bevoegdheid normaalweg beperk. Aan die ander kant gaan die bevoegdheid by oordrag nie op die regsverkrygende oor nie. Die rede hiervoor is te vinde in die noue geestelike band wat bestaan tussen die outeur en sy skepping ingevolge waarvan hy die alleenbevoegdheid tot verandering van sy werk behoort te hê.[79]

Die slotsom is dus dat outeursreg in die eerste plek beskerm word deur die "reg van aksie" gerig teen die onbevoegde handelinge in artikel 43(4). Dié gevolgtrekking word geregverdig deur die feit dat aangesien die wet-

---

[74]Sien a 43; ingevolge a 43(1) geld die remedies slegs met betrekking tot literêre, dramatiese, musikale en artistieke werke – sien oor die algemeen Strauss en andere a w 302-3 en Copeling a w 185-190.

[75]Strauss en andere a w 303 en Copeling a w 185.

[76]a w 303: hulle beweer dat die remedies hier toegestaan word teen sekere optredes "wat nie op die skending van enige outeursreg neerkom nie".

[77]a 43(4) en (6); in die ander gevalle (a 43(2) en (3)) word 'n individu beskerm teen die handeling van 'n ander waar lg valslik te kenne gee dat eg die outeur van 'n werk is. Dit gaan dus nie om bevoegdhede wat die outeur ten aansien van sy eie skepping uitoefen nie. Behalwe die wetteregtelike remedie (sien a 43(10)) kan sodanige persoon ook in gepaste gevalle die *actio iniuriarum* vir persoonlikheidskrenking instel: sien Strauss en andere a w 303.

[78]a 43(8).

[79]Sien oor die algemeen Ulmer a w 269 e v en Hubmann a w 138 e v.

gewer die handelinge indirek ten aansien van die werk beperk, dit 'n outeursbevoegdheid verteenwoordig. Daarom kan nie met Copeling[80] saamgestem word waar hy beweer dat die remedies

> "in the first instance, appear to be directed at protecting a personality right of the artist concerned, more particularly, the right to his *dignitas*, that is, the esteem in which the artist holds himself within the community."

Hiermee word weer nie ontken dat die outeur se persoonlikheidsgoedere ook aangetas kan word deur bogenoemde ongemagtigde handelinge nie. Inteendeel, in die lig van die beperkte beskerming van die integriteit van die werk uit hoofde van outeursreg, is, wat Suid-Afrika betref, die persoonlikheidsregtelike beskerming van die outeur hier van kardinale belang.[81] Dit is miskien juis die rede waarom die wetgewer uitdruklik verklaar het dat die statutêre remedie nie afbreuk doen aan die beskikbaarheid van enige ander regsmiddels nie.[82] Met betrekking tot onbevoegde verandering aan sy werk, kan nie alleen die eer[83] van die outeur aangetas word nie, maar ook sy goeie naam of *fama*.[84] Daar moet egter beklemtoon word dat selfs waar die outeur deur die onbevoegde toeskrywing van outeurskap geen persoonlikheidskrenking ondergaan nie, die statutêre remedie nog steeds tot sy beskikking is.[85] Hierdie toedrag van sake, asook die feit dat na die outeur se dood sy persoonlike verteenwoordigers die wetteregtelike remedie kan instel,[86] bevestig die waarheid dat die belang wat hier beskerm word, outeursregtelik van aard is.

In die tweede plek word 'n verdere outeursbevoegdheid deur die statutêre remedie[87] beskerm, te wete die bevoegdheid van die outeur om self reproduksies van sy artistieke werk te maak en dit as sodanig erken te sien. Artikel 43(6) verskaf naamlik 'n reg van aksie teen enige persoon wat 'n reproduksie van 'n artistieke werk, as sou dit dié van die outeur wees, publiseer, verkoop, uitleen vir huur, aanbied of vertoon vir verkoop of verhuur of uitstal vir handelsdoeleindes.[88] Aangesien dié handelinge met betrekking tot die outeurswerk beperk is, beliggaam hulle weer eens outeursbevoegdhede.[89] Ook in hierdie gevalle kan behalwe outeursreg, ook die persoonlikheidsgoedere van die outeur in gedrang kom, soos sy eer of goeie naam indien byvoorbeeld 'n reproduksie van baie swak gehalte aan hom toegeskryf word.[90]

---

[80]a w 189; vir Joubert (*Grondslae* 133) gaan dit ook, ten onregte, bloot om persoonlikheidskrenking.

[81]Ook die mededingingsreg kan hier van betekenis wees: Strauss en andere a w 303 en Copeling a w 190.

[82]Sien a 43(10).

[83]Strauss en andere a w 303 en Copeling a w 189-90; Joubert (*Grondslae* 133) sê in hierdie verband: "Dit is eweseer 'n belediging van die outeur om veranderings in sy werk aan te bring . . .. Dit is 'n ontkenning van sy kunstenaars- en menslike eieaard."

[84]Strauss en andere a w 303 en Copeling a w 190.

[85]Selfs Copeling (a w 190 vn 2) vir wie die beskerming primêr om *dignitas* gaan, erken dié moontlikheid.

[86]Sien a 43(8) en (9).

[87]Sien a 43(6).

[88]Sien Copeling a w 188 en 190 en Strauss en andere a w 303.

[89]Alhoewel dit nie uitdruklik gemeld word dat dié handelinge sonder die outeur se toestemming moet geskied nie, kan die afleiding tog gemaak word: Copeling a w 188.

[90]Weer eens maak a 43(10) voorsiening daarvoor.

(iii) Soos hierbo aangetoon, is dit 'n verdere "persoonlikheidsregtelike" bevoegdheid van die outeur om sy outeurskap met betrekking tot sy skepping erken te sien. Die erkenning van outeurskap is 'n integrale deel van outeursreg aangesien outeurskap onlosmaaklik met die skepping verbind is. Enige persoon wat hierdie verbintenis van die outeur met sy skepping misken, behoort gevolglik weens skending van outeursreg aanspreeklik te wees. Ongelukkig het die wetgewer nêrens die miskenning van outeurskap direk of indirek by wyse van 'n remedie beperk nie. Dit beteken egter nie dat die outeur geheel en al sonder beskerming is nie. Op indirekte wyse kan hy tog sodanige optredes verhinder. In gevalle van onbevoegde kopiëring van 'n werk sonder erkenning van outeurskap, is die gewone remedies beskikbaar. Hoewel sodanige beskerming hoofsaaklik gerig is teen onbevoegde kommersiële benutting van 'n outeurswerk, kan die outeur tog ook so op indirekte wyse voorkom dat sy outeurskap misken word. Myns insiens behoort die wetgewer ook hierdie bevoegdheid van die outeur direk te erken deur 'n soortgelyke bepaling as in artikel 6 van die Bern-konvensie vervat op die wetboek te plaas, te wete dat die outeur "shall have the right, during his lifetime, to claim authorship of the work."

Intussen is die persoonlikheidsregtelike beskerming van die outeur, veral van sy *dignitas*, in hierdie geval van besondere betekenis. Tereg voer Joubert[91] aan:

> "Dit is 'n krenking van die outeur se eer om te ontken dat hy die geestelike vader van sy werk is, om 'n ander die eer van sy skepping te laat toekom, ens."

Die noodsaaklikheid van die beskerming kan weer eens uit artikel 43(10) afgelei word.[92]

KONKLUSIE

Uit die ondersoek is dit duidelik dat in die Suid-Afrikaanse reg die "persoonlikheidsregtelike" bevoegdhede van die outeur ten aansien van sy skepping in 'n groot mate afgeskeep is. Slegs 'n beperkte direkte erkenning word daaraan verleen. Andersins moet die erkenning van sodanige bevoegdhede op 'n indirekte wyse uit die verskaffing van remedies afgelei word, en dan nog is die beskerming onvolledig. *De lege ferenda* word aan die hand gedoen dat die wetgewer hierdie bevoegdhede *in toto* erken deur ongemagtigde handelinge van buitestaanders wat daarop inbreuk maak, direk te beperk. Dit wil egter nie sê dat elke miskenning of aanmatiging van die bevoegdhede die buitestaander aanspreeklik moet stel nie. Sodanige aantastinge moet minstens ook *onredelik of gemeenskapstrydig* en *wesentlik* wees. Laasgenoemde vereiste is eenvoudig 'n toepassing van die beginsel van *de minimis non curat lex* en eersgenoemde 'n besondere formulering van die objektiewe onregmatigheidsvereiste – elke ongemagtigde verandering van 'n outeur se werk kan tog nie onregmatig wees nie.

Sodanige erkenning en beskerming van die nie-vermoënsregtelike bevoegdhede van die outeur sal nie alleen tot 'n meer volkome beskerming van

---

[91] *Grondslae* 133.
[92] Sien Strauss en andere a w 303.

outeursreg lei nie, maar behoort ook die verwarring wat daar tans tussen outeursreg en die persoonlikheidsregte bestaan in 'n groot mate uit te skakel.

□

VIERDE SUID-AFRIKAANSE INTERNASIONALE SIMPOSIUM OOR GEREGTELIKE GENEESKUNDE

Hierdie Simposium word gehou vanaf 11 tot 14 Mei 1976 aan die Universiteit van Suid-Afrika, Pretoria, onder beskermheerskap van Sy Edele, regter F L H Rumpff, hoofregter.

Professor S A Strauss (Universiteit van Suid-Afrika) is kongresvoorsitter en Sy Edele regter V G Hiemstra is ere-president.

Die voorlopige program sluit onder meer die volgende onderwerpe in: *Wie het president Kennedy gedood? – 'n Geregtelik-geneeskundige Beoordeling; Die regsaanspreeklikheid van die Geneesheer in Voltydse Diens; Die Hyoidium-larinks-kompleks: Geregtelik-geneeskundige Aspekte; Die Werking van die Wet op Vrugafdrywing en Sterilisasie 1975; Onverwagte Dood by Suigelinge; Die Sindroom van die Mishandelde Kind; Geregtelik-geneeskundige Aspekte van Akute Alkoholiese Dronkenskap – (a) in lewendes, (b) in die oorledene; Geregtelik-geneeskundige Verskeidenheid.*

Inskrywingsgeld: R15

Verdere inligting verkrygbaar van

Dr N J Schepers (ere-sekretaris)
Privaatsak 44
Johannesburg
2000

Disclose and be Damned— The Law Relating to Official Secrets*

A S Mathews

University of Natal

When in 1956 South Africa substituted for the British statute then in force[1] a locally enacted official secrets law, there was but a shallow understanding of the implications of what was being done, perhaps largely because the local product followed the foreign prototype so closely. Government members who spoke for the 1956 legislation[2] shrewdly judged that its British origin would make it palatable to the opposition, and the debates are a fascinating spectacle of members of each side attempting to outdo the other in demonstrating loyalty to the concepts embodied in a foreign creation. The minister of justice, with a graciousness that might do credit to the queen herself, accepted an amendment that had the effect of restoring certain words in the British counterpart that had been omitted from his bill;[3] and the degree to which opposition members were prepared to be accommodating may be gauged from the following words of senator Rubin who said ". . . it is generally agreed that this measure, which is now before the House, is one which gives very wide and very drastic powers to the authorities – quite rightly so."[4] A few members were ungallant enough to inject a note of dissent[5] and even acrimony[6] into the debates but, taken as a whole, they convey a picture of idyllic complaisance and, indeed, complacency.

---

*Presidential address delivered at the Congress of the Society of University Teachers of Law, Port Elizabeth, 7 July 1975.

[1]Official Secrets Act 1911 1 & 2 Geo V c 28. The Official Secrets Act 1920 10 & 11 Geo V c 75 did not apply to South Africa but some of its provisions were taken over when our own act was introduced in 1956. The first official secrets legislation introduced in Great Britain was the Official Secrets Act of 1889. This was repealed and replaced by the legislation passed in 1911: See *Government and Law* by TC Hartley and JAG Griffith (Weidenfeld & Nicolson London 1975) 263.

[2]Act No 16 of 1956.

[3]House of Assembly Debates 14th February 1956 col 1541.

[4]Senate Debates 30th January 1956 col 391. In fairness it should be said that Senator Rubin did propose certain amendments to the measure.

[5]See, for example, comments of Mr Lovell who, in one of the more perspicacious debates, drew attention to the breadth of some of the phrases and definitions in the bill: House of Assembly Debates 13th February 1956 cols 1451-2.

[6]Senator Du Plessis put forward the proposition (which reached its acme under Stalin's rule in Russia) that to oppose even aspects of the bill was disloyalty to South Africa: See Senate Debates 1st February 1956 col 526.

The relevant British act was passed in 1911 in an atmosphere of equal inadvertance to fundamental, underlying issues.[7] Though dissatisfaction in the United Kingdom with its own legislation has been smouldering for some time, it was only after the recent Sunday Telegraph case[8] that resentment came to a head and the Franks Committee[9] was constituted to investigate section 2 of the Official Secrets Act which, in almost identical form, remains part of our legislation. It will apparently take us a long time to learn, if we ever do, that in the field of security legislation, the governing rule ought to be *ex Britannia semper aliquot mali.* As a first step we might, perhaps, resolve not to make our imports from the United Kingdom more *malum* than they are upon arrival.

What are the basic issues that were left "to blush unseen" in the debates over the Official Secrets Bill in 1956? The most crucial is without question the reconciliation of the provisions of the measure with the requirements of democratic government. Even though the reminder comes from Herbert Marcuse, we surely cannot fault his proposition that democratic government implies "access to authentic information."[10] Though the United States constitution nowhere refers directly to a right to gather information, it seems irrefutable that it is "logically antecedent and practically necessary"[11] to the enforcement of the first amendment rights of speech and press freedom. When congress recently tightened up the Freedom of Information Act[12] it clearly acted upon the belief that the operation of democratic government had been grievously harmed by executive suppression of information which citizens had a right to receive. The Franks Committee in the United Kingdom described the questions it was investigating as issues that "touch the heart of government in a parliamentary democracy."[13]

It is clearly not enough to recognise that official secrets laws raise awkward issues related to the principles and practice of parliamentary government – a recognition that, incidentally, has come surprisingly belatedly in some of the Western democracies. We need to go further and to explore the problem of reconciliation of the opposing interests that lie concealed behind the statutory provisions. An extreme or absolutist approach is simply not tenable either way. I agree with the view of two American writers on United States espionage laws who have said:

---

[7]See *The Committee of 100 and the Official Secrets Act, 1911* by Donald Thompson in 1963 *Public Law* 201 at 203 and 205-6.

[8]See below.

[9]*Departmental Committee on Section 2 of the Official Secrets Act 1911* Cmnd 5104 (1972). The report of the committee is referred to as the Franks Committee Report below. The Franks Committee was not in fact appointed in consequence of the Daily Telegraph case: See § 7.

[10]"Repressive Tolerance" by Herbert Marcuse in *A Critique of Pure Tolerance* by RP Wolff, Barrington Moore jr and Herbert Marcuse (Jonathan Cape London 1971).

[11]See note: "The Right of the Press to Gather Information" (1971) 71 *Colum L Rev* 838 at 843 and "The Right to Know and the Duty to Withhold: The Case of the Pentagon Papers" by Louis Henkin (1971) 120 *Uni of Penn L Rev* 271 at 273.

[12]See below.

[13]Franks Committee Report § 15.

> "We reject the utopian notion that there are no defence secrets worth keeping and that every aspect of national security should be disclosed to facilitate adequate public comprehension of the policy choices to be made."[14]

Equally to be rejected is the other antipodean proposition – that the disclosure of official information is a matter entirely of government discretion and not of the right of the citizen. As usual, the extreme positions are easy to state; their reconciliation is a difficult and complex task. A necessary starting point is a brief examination of our own Official Secrets Act.

Three interlocking, and to some extent overlapping, provisions form the core of the act. The first (section 2) penalizes what the marginal note describes as espionage, but its scope is far wider than spying. The second (section 3(1)) criminalizes the communication without authority by state servants of official documents and information; but again this provision has a wider reach and affects private citizens and contractors with government in specified circumstances. The third (section 3(2)) penalizes the communication by anybody of certain official documents or information in a manner or for a purpose prejudicial to the safety or interests of the Republic. The basic distinction between section 3(1) and 3(2) is that the former deals in general with communication *simpliciter* while the latter punishes communication which is prejudicial to the safety or interests of the Republic. The basic distinction between section 2 (the espionage provision) and section 3(2) is that the former in general requires that the information be useful to an enemy whereas the latter requires proof of injury to the safety or interests of the Republic without reference to an enemy. Despite these distinctions there is a substantial and sometimes confusing degree of overlap between the different provisions. My analysis will centre on the three provisions described and upon certain related sections dealing mainly with presumptions.

Espionage (section 2) The marginal note to section 2 consists simply of the word "Espionage". This marginal note is not merely legally irrelevant to the interpretation of the section but is in fact positively misleading. The house of lords has held in relation to the almost identically worded provision operative in Great Britain, that acts in the nature of sabotage may be punished under it.[15] This case, *Chandler v Director of Public Prosecutions*,[16] concerned Bertrand Russell's Committee of 100 and its plan temporarily to immobilize an RAF station as a protest against nuclear weapons. The six accused were convicted of conspiracy to violate the British statute because they made plans to enter the base and prevent the aircraft from taking off by obstruction – a dramatic form of protest which was in fact foiled by the authorities. Donald Thompson has demonstrated in an article that the debates in the British parliament indicate an unmistakeable intention to exclude sabotage or similar acts from the scope of the provision and with reference to the house of lords' finding that parliament did not so intend, has observed that:

---

[14]"The Espionage Statutes and Publication of Defence Information" by Harold Edgar & Benno C Schmidt jr (1973) 73 *Colum L Rev* 929 at 1078.

[15]*Chandler v Director of Public Prosecutions* 1964 AC 763; 1962 3 All ER 142.

[16]supra.

> "These statements as to what was really intended fall into that regrettable category of legal fictions, all the more distressing when regarded by judges as a reality."[17]

The South African debates show no intention at all in relation to the inclusion of sabotage. Since the wording itself supports such a construction, Chandler's case would almost certainly be followed by our courts with the consequence that there are at least three sabotage provisions on our statute book.[18]

Both sabotage and espionage therefore fall under the first part of section 2 which penalizes a person who "approaches, inspects, passes over or is in the neighbourhood of or enters any prohibited place for any purpose prejudicial to the safety or interests of the Republic."[19] The definition of a prohibited place includes, but is not restricted to, places connected with the military establishment.[20] This lumping together of sabotage and espionage in one provision has the effect of making it unnecessary, even when the act charged is in the nature of espionage, to prove communication or intended communication with an enemy – something that seems logically implicit in the concept of spying. It also follows that accused persons who, like the members of the Committee of 100, had no intention whatever to advance the interests of an enemy, are technically guilty of a crime labelled espionage with all its connotations of disloyalty and treachery. Since "prohibited place" includes a station, dockyard or telegraph office,[21] a plan to disrupt trains, boats or cable transmissions as a protest against any policy of government appears to be punishable as "espionage" under both the British and South African laws.[22]

The second and third parts of section 2 make it a crime to make, gather or communicate documentary or other information which is likely to be directly or indirectly useful to an enemy for a purpose prejudicial to the safety or interests of the Republic.[23] The broad scope of this prohibition will be obvious when the following points are taken into account. First, the information need not be defence-related – any information likely to be useful to an enemy falls under the section. Second, it is almost certainly not necessary to prove either actual or intended communication to the enemy. The question is whether, objectively speaking, the information would be useful to any enemy.[24] Third, on English authority, the word "enemy" includes a potential enemy with whom there might be a war.[25] Fourth, the purpose for which the information was gathered need only be contrary to

---

[17]Donald Thompson *op cit* 212.

[18]The other two are the "Sabotage Act" contained in the General Law Amendment Act 76 of 1962 and the Terrorism Act 83 of 1967. The latter clearly covers sabotage.

[19]S 2(a).

[20]S 1.

[21]ibid.

[22]The attorney-general would have to authorize the prosecution – s 10.

[23]This summarizes the provisions of section 2(b) and (c).

[24]Milton & Fuller *South African Criminal Law and Procedure* (Juta 1971) vol III 139 appear to be correct in their rejection of *R v Wenzel* (II) 1940 2 PH H169 (W) in which case the court held, in relation to the slightly different wording of the old act, that an intention to communicate with the enemy was a necessary requirement of the offence.

[25]*R v Parrott* (1913) 8 Cr App R 186 at 192.

the interests of the Republic ("interests" and "safety" are linked disjunctively) and this means again that the information need not have a military significance. Finally, a number of presumptions facilitate proof of the crime of which the most far-reaching is to the effect that proof of communication with a foreign agent (who is defined as including a person reasonably suspected of being a foreign agent)[26] throws upon the accused the onus of showing that he has not made, gathered or communicated information for a purpose prejudicial to the safety or interests of the Republic.[27]

Not many prosecutions for "espionage" have been brought and those of which there are reports have generally concerned sensitive information as, for example, *R v Vorster*,[28] in which the accused was convicted of gathering information concerning inter alia the number and caliber of guns at Simonstown and the reliability of personnel at the base. This does not entirely allay fears as to a possible broader application of the section to the gathering of information which is not defence-related and which is intended, for example, for local publication in the press to facilitate the discussion of government policy. Everything depends on the meaning of the expression "for any purpose prejudicial to the safety or interests of the Republic" and the leading authority on this question, *Chandler v Director of Public Prosecutions*[29] is not reassuring. The court in that case held that even if the accused's ultimate purpose was to benefit the state, and might in fact benefit the state, if any act committed by him in furtherance of that purpose was prejudicial to the state's interests or safety, the accused was guilty. This means, as Milton and Fuller express it,[30] that the accused is criminally liable if "he must have foreseen and hence by inference did foresee that the act done by him would have the effect of prejudicing the safety or interests of the State." It would follow that a newspaperman who gathered and published information about the effect of economic sanctions with a view to changing the government's policy so as to avoid sanctions, will be guilty of espionage if any of his acts, for example local publication, may benefit a potential enemy by demonstrating the bite of the sanctions campaign.[31] Whereas in the United States the espionage laws, for mainly constitutional reasons, do not generally affect news-gathering and publishing activities without an intent to benefit a foreign power,[32] it appears that in South Africa such activities might well be covered by our own espionage law.

---

[26]S 1.

[27]S 7(1). A further presumption facilitates proof of communication with a foreign agent: S 7(2).

[28]1941 AD 472.

[29]supra. Smith and Hogan *Criminal Law* (3rd edition) 652 demonstrate that the *mens rea* requirement is subjective only to the extent that the accused must be shown to have had certain objectives in mind. Whether the objectives themselves are prejudicial will be judged without reference to the accused's state of mind.

[30]*Op cit* 141.

[31]*Chandler v Director of Public Prosecutions* supra is authority for the proposition that the interests of the state will be taken to be what they actually are at the relevant times, ie they will be judged in accordance with current government policy and not, as Lord Devlin put it, *sub specie aeternatis*. (See p 157).

[32]See Edgar & Schmidt *op cit passim*.

As currently defined espionage has two major defects – it covers all kinds of information and it does not require an intent to communicate with a foreign power. Reform of the law is needed to restrict the coverage to defence-related information and to require an intent to advantage a foreign nation. It is true that the nature of modern warfare makes it exceptionally difficult to define an expression such as "related to the national defence" which is employed in the United States espionage statutes.[33] This led the supreme court in *Gorin v United States*[34] to accept the argument that the expression "is a generic concept of broad connotations, referring to the military and naval establishments and the related activities of national preparedness."[35] But the court was prepared to accept a broad definition only because the statutes require a specific intent to injure the United States or advantage a foreign nation. In the words of American commentators "purposeful assistance of the agents of foreign governments may properly be regulated broadly, even though the assistance pertains to matters at the periphery of military affairs."[36] If our espionage law were to be restricted to military affairs, even including the periphery, and required an intent to advantage a foreign power – even if that intent is proved by a presumption as in *R v Vorster*[37] – it would be a far more acceptable enactment.

Section 3(1) This provision makes the section on espionage read like a model of narrow and precise drafting. The main offence which it creates is the unauthorized communication of official documents and information by state servants. Commentators have had no difficulty in showing that section 3(1) has a coverage of cosmic proportions. All official information falls within its scope, whatever its nature. This has led a writer in the normally staid and restrained *Modern Law Review* to observe that "the civil servant who discloses the number of cups of tea consumed in his office is guilty of an offence under section 2."[38] (Section 2 is the UK equivalent of our section 3(1)). The draftsman, in attempting to cover all contingencies, has produced a provision of unusual complexity so that, as another writer observes, over 2 000 differently worded charges may be brought under it.[39] After almost sixty-five years of the administration of the act in the United Kingdom, the *mens rea* requirement of their corresponding section is still in doubt with a preponderance of judicial authority pointing towards an absolute offence, at least for the acts which officials may commit as opposed to private citizens.[40] There appears to be no South African authority on the *mens rea* issue. Our section 3(1), like the British section 2, is directed primarily against the unauthorized communication by state officials of documents or

---

[33]18 USC § 794(a) (1970).
[34]312 US 19 (1941); 85 L Ed 488.
[35]ibid 495.
[36]Edgar & Schmidt *op cit* 977.
[37]supra. The presumption is contained in s 8.
[38]"The Franks Report on Section 2 of the Official Secrets Act 1911" by J Jaconelli in (1973) 36 *Modern Law Review* 68.
[39]"Big Brother Knows Best: The Franks Report on Section Two of the Official Secrets Act" by William Birtles in 1973 *Public Law* 100 at 102 (footnote 9).
[40]Franks Report § 218; William Birtles *op cit* 102 (footnote 10). The section was held to create an absolute offence in *R v Fell* 1963 *Crim LR* 207.

information in their possession. The meaning of "unauthorized" in the provision is the source of more obscurity. Is the communication of information (documentary or otherwise) unauthorized only when that communication has specifically been prohibited; or is all communication unauthorized unless it has specifically been sanctioned. Perhaps because the latter approach would have a restricting effect on the operation of the section, such authority as there is points to acceptance of the former approach – everything is forbidden which is not specifically sanctioned. The Franks Committee came to this conclusion and declared that "all communications appear to be *prima facie* illegal, with an exception for those authorized or made out of duty to the State."[41] How authorization takes place is also obscure and appears to depend on the actual practices of the civil service.[42] In summary, section 3(1) is a provision of infinite range, barbarous complexity and cloudy obscurity. The most effective description of it is the terse comment of the Franks Committee on the British counterpart: "We found section 2 a mess."

Though the primary purpose of section 3(1) of our act is to punish wrongful communication of official information by state servants, the section also catches the private citizen in five specific situations.[43] This includes the disclosure of information "which has been made or obtained in contravention of this Act." An ordinary citizen who knows or has reason to believe that the information was communicated in contravention of the act is guilty if he passes it on. Included in the category of "ordinary citizens" who may be prosecuted are, of course, journalists, newspapers and editors, as happened in the Sunday Telegraph case in the United Kingdom. The defendants, mainly newspapermen, were charged with a breach of section 2 (corresponding to our section 3(1)) arising out of publication of a confidential assessment of the Nigerian civil war written by the defence advisor at the British high commission in Lagos. The British government, which was at that time pursuing the controversial policy of supplying arms to the federal Nigerian forces, was embarrassed by the revelation of the content of this report.[44] While the defendants were acquitted on the ground of absence of *mens rea* (the editor had in fact checked to see whether the report fell under the informal "D notice" prohibitions[45]) the case caused alarm because it demonstrated the impact of the law on press freedom and generally on the public's right to know. The presiding judge, Caulfield J, with a forthrightness that might well be emulated locally, was highly critical of section 2 and said that it ought to be "pensioned off".

Unlike the situation here, British prosecutions under section 2 have been numerous[46] and include *R v Crisp and Humewood*[47] in which a clerk in the

---

[41]§ 216.
[42]Franks Report § 18.
[43]ibid § 19.
[44]See J Jaconelli *op cit* 68 and "Some Reflections on Governmental Secrecy" by Joseph Jacob in 1974 *Public Law* 25 at 30.
[45]On the "D notice" system see *Freedom, the Individual and the Law* by Harry Street (Penguin 1973) 217; Hartley & Griffith *op cit* 268 *et seq.*
[46]Thirty prosecutions are listed in Appendix II to the Franks Report.
[47](1919) 83 JP 121.

war office, who passed to a director of a firm of tailors information about contracts for army officers' clothing, was convicted together with the director. The case is alluded to with apparent satisfaction by Wynne J in *Nyangeni v Minister of Bantu Administration*,[48] a civil case in which a minute of a cabinet decision was held to be privileged and probably covered by the Official Secrets Act. The information allegedly communicated in the other prosecutions in the United Kingdom ranged from prison information through military data to publications in books by state officials or ex officials. Prosecution for information published in books has been shown by Professor Harry Street to constitute a pervasive form of book censorship.[49] Extensive application of section 3(2) in South Africa, perhaps unnecessary on account of other laws, would have a disastrous impact on the basic right to information.

The chilling effect of section 3(1) or similar laws on public investigation of policy issues was demonstrated quite recently in relation to parliamentary discussions of the defence vote. During the debates Dr F van Zyl Slabbert referred to the instructional guide in civic guidance used by the defence authorities as a basis for instruction to trainees and argued that certain sections of the guide constituted propaganda for the National Party, and implied that opposition parties were guilty of subversion.[50] The ensuing debate was reported in the press and demands for the release of the guide were made. The defence authorities released only one fourpage chapter of the guide and refused to make available other chapters dealing inter alia with instruction on political parties, race relations and the Coloured and African people of South Africa.[51] The official guide clearly falls under the provisions of the Official Secrets Act though it might arguably also enjoy the protection of the Defence Act.[52] What is ominous about this affair is that the matters under discussion did not relate to military secrets but to allegations of party politics in defence training and, in fact, to the goals of the military programme. These are manifestly issues of party and public interest and democratic theory and practice is injured by their suppression.

After intensive examination of section 2 of the British Act, the Franks Committee decided that it was necessary to "roll back the frontiers of the criminal law" as well as to make the provisions governing official secrets "clear and comprehensible."[53] It therefore proposed the repeal of section 2 and its replacement by a separate act which would drastically limit the kinds of information protected by criminal sanctions. The British home secretary recently announced the government's intention of repealing section 2 but the draft replacement is not yet available.[54] The Franks proposals would limit information protected by criminal sanctions to the following cate-

---

[48]1961 1 SA 547(E) 559-560.
[49]*Op cit* 221-4.
[50]House of Assembly Debates 22nd April 1975 cols 4569-4573 and 4586-4589.
[51]*Natal Mercury* 25th April 1975 and *Daily News* 28th April 1975.
[52]Act 44 of 1957 118(2). The defence authorities referred to no authority for suppressing the guide.
[53]§ 105.
[54]*Halsbury's Laws of England, Monthly Review,* March 1975.

gories, the basic criterion for the first three being the possibility of serious injury to the security of the nation or the safety of the people:

1 Information relating to defence falling into certain prescribed categories and which has been classified according to a classification system recommended by the Committee. In the event of a prosecution, the minister would be required to review the classification and, if he thought proper, to issue a certificate, which the courts would have to accept as final, that at the *date of disclosure* of the information was properly classified. The creation of a committee to make possible the regular review of classifications was also recommended;[55]
2 Information concerning or affecting foreign relations or the conduct of foreign relations;[56]
3 Information connected with alterations to the value of sterling or relating to the reserves. All other economic matters would fall outside the scope of the criminal law;[57]
4 Information likely to be helpful in the commission of offences, to assist prisoners to escape or to impede the detection or prosecution of offences;[58]
5 Cabinet documents;[59]
6 Information given to the government in confidence by the citizens.[60]

In addition the Committee recommended that the mere receipt of protected information should not be an offence[61] but that there should be a general crime applying mainly to state officials and government contractors which would penalize the communication of any official information for private gain.[62]

The Franks proposals, which the British government has accepted without major qualifications,[63] represent a major step forward in the reform of the law governing the control of information. They have been criticized for not going far enough in a number of respects and some of this criticism does pinpoint possible defects in the reform programme. The categories of defence and foreign policy information which would be protected by criminal sanctions are too wide and would appear to facilitate the conviction of persons who publish information of the kind that resulted in the Sunday Telegraph case. The Franks categories made no attempt to differentiate between technical military information (such as weapons design and tactical operations) and the policies underlying military planning and operations. A distinction of that kind has been attempted in a model classification system[64] and, despite the difficulties involved in drawing a clear line, might well be practicable especially if there were court supervision over classifi-

---

[55]§§ 122-5.
[56]§§ 126-134.
[57]§§ 135-139.
[58]§§ 170-175.
[59]§§ 182-190.
[60]§§ 192-200.
[61]§§ 232-3. It is an offence under s 3(3) of our act.
[62]§§ 201-5.
[63]Hartley & Griffith *op cit* 268.
[64]William Birtles *op cit* 111 *et seq.*

cation and de-classification. A second major criticism of the Franks proposals is that they specifically exclude court adjudication on classification problems and declare that the minister's certificate on the correctness of classification should be final and binding on the courts. In contrast, recent amendments to the Freedom of Information Act in the United States empower the courts, by *in camera* inspection if necessary, to determine the propriety of withholding information.[65] A third criticism is that the proposal of the Franks Committee to punish communication of information for reward could seriously restrict press publication and that in general the report fails to give adequate attention to the impact of its proposals upon the press.[66] Finally, the proposals contain no recommendations for providing the citizen with what Professor Harry Street declares[67] he chiefly lacks – the right, and appropriate remedies, for bringing to book an official who or institution which wrongly withholds information. But that would require legislation in the nature of the Freedom of Information Act, a matter which the Committee declared to be outside its terms of reference.

Section 3(2) Under this provision a person is guilty of a crime if he possesses documentary or other information relating to munitions of war or to a military, police or security matter and he communicates the information to any person in any manner contrary to the safety or interests of the Republic, knowing or having reason to know that what was communicated was a military, police or security matter. The definitions of police and security matters are truly illuminating. "Police matter" is any matter relating to the preservation of internal security or the maintenance of law and order by the police. "Security matter" means any matter relating to the security of the Republic. How helpful our draftsmen can be! The act might as well have said "security means security means security . . . ." Incidentally, a "security matter" includes any matter dealt with by or relating to the Bureau for State Security[68] and this also tells the citizen very little since BOSS is itself blanketed in secrecy. More incredible than the scope of these definitions is the fact that they survived scrutiny by the Potgieter Commission which was prepared to accept them mainly because of the *mens rea* requirement of the provision which was made explicit on the recommendation of that commission.[69] However, if security covers every conceivable thing relating to security and police matter covers every conceivable thing relating to the maintenance of law and order, it will be a simple, mechanical matter to prove that the accused knew or *should have known* that he was communicating police or security information. Moreover, the requirement that he must have communicated the information in a manner prejudicial to the interests or safety of the Republic is satisfied by a showing that the

---

[65]Public Law 93-502 enacted on 21st November 1974 and made effective on 19th February 1975.

[66]"The Right to Information About the Activities of Government" by Barbara L de Smith in *Fundamental Rights* (Sweet and Maxwell London 1973) 137 at 145.

[67]Harry Street *op cit* 226-7.

[68]The definitions of police and security matters appear in s 3(2)(b).

[69]*Report of the Commission of Enquiry into Matters Relating to the Security of the State* RP 102/1971 §§ 223-238 and 299.

communication, objectively speaking, was contrary to the interests of the Republic, whatever the accused may have intended.[70]

The question arises how Mr Jaap Marais, who was prosecuted under this section, managed to wriggle through the fine linguistic mesh. The answer is that he was found to have communicated information which was already widely known and the appellate division, in *S v Marais*,[71] held that in such circumstances the communication could not have prejudiced the safety or interests of the Republic. Had the accused been the first, or one of the first, to make the information known, he must presumably have been found guilty. The judgment, which at first sight places an important limitation on the operation of section 3(2), therefore remains disturbing particularly when it is remembered that the information allegedly communicated related to the surveillance (including telephonic surveillance) of opponents of the government. That it should be a crime to make such activities known to the public is a disturbing thought. The use of the security police for such purposes should be a matter which could be openly debated with impunity.[72] The only dubious consolation which a reader may draw from the judgment is that the more widespread and regular the activities of the security police become, the more generally will they become known with the result the reportage of their obvious activities may not be a crime.

Section 3(2) is clearly another provision which is ripe for the "pensioning off" process. Its chief defects are the infinite range of the definitions of police and security matters and the restricted *mens rea* requirement as interpreted by the court in *S v Marais*.[73] In the light of other provisions of the act, its total elimination would more than anything else contribute to the interests of the Republic.

The problems of policy One of the aims of the preceding legal analysis in this paper was to prepare the ground for a brief consideration of the larger policy questions implicit in the enactment and enforcement of the positive rules of law. One may assume that one of the policy goals of a society that places itself in the Western tradition of legal administration will be adherence to the principle of legality in the sphere of criminal law – *nullum crimen sine lege*. Expressed in non-technical language, the "law's task is to make it clear when secrecy must prevail and when it must not."[74] This is manifestly what our law does not achieve unless, perhaps, by making it clear that secrecy will always prevail. The fact that the decision to enforce the broad and expansive commands of the act is vested in the attorney-general does nothing to restore legality but merely adds another imponder-

---

[70]See *Chandler v Director of Public Prosecutions* supra.

[71]1971 1 SA 844 (A). The accused was also charged with a contravention of s 4(2)(b) of the act but was acquitted by the lower court. Since the lower court's judgment was itself an "official secret" the reason for acquittal cannot be determined. S 4 has not been dealt with in this article.

[72]A court, if it wished, might find that the discussion of such matters is to the advantage of the interests of the Republic, and not to its prejudice.

[73]At 850-1. *Chandler v Director of Public Prosecutions* was cited with approval.

[74]See "Public Access to Government Documents" by Enid Campbell in (1967) 41 *ALJ* 73 at 75.

able to the already impossible task of prediction. The act has clearly expelled legality and enshrined in its place the principle that "there is no more effective censor than an uncertain law."[75]

Legality is only one of a cluster of ideas associated with democratic rule and, important as it is, it is assuredly less fundamental than the notion of self-government. Professor Enid Campbell has spelt out some of the relevant implications of self-government in the following statement:

> "But if people are to fulfill the role democracy assigns to them – if they are to cast intelligent and rational votes and exercise sound judgment on the conduct of government and the merits of public policies – they must have the facts, the true facts."[76]

Contrast these requirements of open government with the conclusion that the British Official Secrets Acts, milder laws than our current statute, "are based on the theory of privilege, according to which all official information, whether or not related to national defence or security, is the property of the Crown."[77] Laws of this kind are in truth relics of a pre-democratic age when power was in the control of a king and his advisers and when administration was not yet recognized as being public.[78]

Democratic theory has only recently begun to confront meaningfully one of the most significant developments of our age – the growth of public administration to the point where it is for the average citizen the most important activity of government. An American author has given this phenomenon a dramatic expression: "American bureaucracy takes its place as an equal partner with the President, Congress and the judiciary."[79] One of the reasons for the malaise that democracy is suffering in some Western societies, is the non-responsiveness of this new arm of government to the citizens of society. And one of the reasons for that non-responsiveness is the existence of laws like the Official Secrets Act which stand in the way of the officials of government having their actions "scrutinized, corrected or punished as need be".[80] While democratic theory has sought to take account of the threat of bureaucracy to its own assumptions,[81] democratic practice lags far behind in many Western countries, not excepting our own.

If applied to the letter, the Official Secrets Act, and other laws reinforcing secrecy, would make possible what has been achieved in some totalitarian societies – the propagation of an official ideology in a vacuum of information.[82] The truth is that the Official Secrets Act has been infrequently used, and even in Great Britain where more prosecutions have taken place, the act has had a minimal effect on the actual practices of government in relation to the flow of information.[83] In South Africa, the United Kingdom

---

[75]Quoted by J Jaconelli *loc cit* 69.
[76]*Op cit* 74.
[77]William Birtles *op cit* 119.
[78]Enid Campbell *op cit* 77.
[79]P Woll quoted in *Bureaucracy* by Martin Albrow (McMillan London 1970) 118.
[80]Martin Albrow *op cit* 111.
[81]See Albrow *op cit* ch 6.
[82]See *Totalitarianism* by Leonard Schapiro (MacMillan 1972) 50-52.
[83]See Joseph Jacob *op cit* 25; Franks Report §§ 24-33.

and Commonwealth countries with similar legislation, the laws appear to operate as a remote and ultimate back-up for practices which have a non-legal origin. There apparently always has been, and probably always will be, an element of secrecy and deceit in government, as Hannah Arendt has observed in her essay on *Lying in Politics*. She says:

> "Secrecy – what diplomatically is called 'discretion', as well as the *arcana imperii*, the mysteries of government – and deception, the deliberate falsehood and the outright lie used as legitimate means to achieve political ends, have been with us since the beginning of recorded history."[84]

There are other less cynical reasons for governmental secrecy, ranging from Max Weber's view that it is inherent in any organisation partly as a result of the desire of the organisation to establish itself as an independent power centre[85] to Professor Enid Campbell's conclusion that official timidity and inertia ("caution is the better part of valour") is the true explanation.[86] We have also to remember that when officials of government indulge in nefarious practices (for example, the maltreatment of prisoners or detainees) it is natural for them to want to place a shroud around their actions. Thus George Simmel has observed that "although the secret has no immediate connection with evil, evil has an immediate connection with secrecy: the immoral hides itself for obvious reasons . . ."[87] The roots of secrecy in government are obviously of a complex and intertwined structure.[88]

The condition created by governmental practices, faintly supported by the law, is not one of a vacuum of information but rather of the flow of harmless facts and figures. Alvin Toffler's generalization that information is flowing faster than ever before[89] is probably true even of South Africa, and even of government in South Africa; but most of this information is really uninformative as to the "root and nerve" of administrative decision-making and practice.[90] Anyone engaged in social science research, especially if his image is not wholly "kosher", will know the difficulties of getting hard information about vast areas of government in South Africa. It is worth stressing again that the explanation for the condition is not exclusively or even largely legal. A sociological fact of great importance is the cohesiveness and loyalty of the civil service, drawn as it is from the privileged white strata of society.[91] If, as has been said, a "free flow of information between officials and public is dependent on a shared culture, on a set of mutual understand-

---

[84]*Crises of the Republic* by Hannah Arendt (Penguin 1973) 10.

[85]*Essays in Sociology* by Max Weber (eds HH Gerth and C Wright Mills, Routledge and Keegan Paul, London 1970) 233-4. Max Weber said: "The pure interest of the bureaucracy in power, however, is efficacious far beyond those areas where purely functional interests make for secrecy." (233).

[86]*Loc cit* 74-5.

[87]*The Sociology of George Simmel* (transl Kurt H Wolff Free Press of Glencoe, Collier Macmillan Ltd London) 331.

[88]See also Joseph Jacob *op cit* 44, who stresses inter alia the growth of professionalism as an important factor.

[89]See *Future Shock* by Alvin Toffler (Pan Books Ltd London 1971) ch 8.

[90]For some of the difficulties see *The Power of Administration*, an inaugural lecture given by Professor JF Beekman at the University of Cape Town on 14th March 1973.

[91]*ibid* 14.

ings which can only be achieved if in fact officials are drawn from all segments of a community",[92] then reform (like the diagnosis) lies primarily in the realm of the non-legal. Limiting the over-reach of the Official Secrets Act will certainly help. Legislation in the nature of the American Freedom of Information Act would be much better. However, without being supported by extra-legal changes legislation will not just be ineffectual; without such changes it is indeed almost inconceivable.

The concluding, and most difficult, policy question is whether the social and political forces favour reform of laws governing secrecy. Do these factors not point in the direction that the law has been moving – towards greater protection of secrecy in government?[93] Barrington Moore has isolated a number of conditions essential to the prospect of tolerant, rational discussion in society, a prospect clearly dependent upon widely diffused and shared information. Among the conditions stressed by him are, on the one side, a substantial group with a material interest in change and, on the other, a willingness on the part of the rich and powerful to make concessions. He argues that three sets of factors are significant in producing that willingness, namely:

1 The upper classes must possess a sufficient economic margin to feel that changes will not crucially damage their position;
2 The existence of diverse conditions among the upper classes which will help to prevent the formation of a solid block of privilege against the lower classes;
3 The existence of political institutions such as a parliament and a judiciary which will assist the open society to flourish.[94]

The libertarian critic of laws like the Official Secrets Act must take account of the knife-edge position of South Africa in relation to these factors. He must also take account of the fact that men of power are total realists more likely to heed the admonition of Machiavelli that the Prince must have the qualities of the Lion and the Fox,[95] than the pleas of morally motivated reformers. While the Fox in politics will undoubtedly understand the value of secrecy as an element in political cunning, he should also understand its limitations. Even Machiavelli, who insisted that rulers should know how to do wrong, qualified this frightening principle by the need to resort to it only in cases of necessity and by the importance of retaining the support of the people. In times when the necessity for change and power-sharing is acknowledged by all, including those in government, the model of the Fox in politics may well dictate a growing openness in administration both to gain the support of the privileged and the confidence of the excluded majority. Though secrecy may have served very well the consolidation of power, it could prove to be a dubious ally in its extension. □

---

[92]Martin Albrow *op cit* 112.

[93]As examples one might point to s 6(6) of the Terrorism Act 83 of 1967 and s 44 of the Prisons Act 8 of 1959. The latter was given a "chilling" interpretation in *S v South African Associated Newspapers Ltd* 1970 1 SA 469 (W).

[94]"Tolerance and the Scientific Outlook" by Barrington Moore jr in *A Critique of Pure Tolerance* supra at 85.

[95]*The Prince* by Niccolo Machiavelli (Everyman ed 1968) 97-8.

Aspects of the History of the South African Law of Damages

H J Erasmus

University of South Africa

(*Conclusion*)

(c) The influence of Pothier and the decision in Hadley v Baxendale

On the subject of contractual damages as a whole the Roman-Dutch writers do not afford much assistance[226] and the courts turned to English law and, not unnaturally in view of his all-prevading influence at the time, to Pothier for guidance.[227] The influence of English principles is, for example, discernable in the rule that where the seller wrongfully fails to deliver the goods, the normal measure of damages is the difference between the contract price and the market value of the goods.[228] An early example of Pothier's influence is to be found in *Irvine and Co v Berg*.[229] De Villiers CJ cites Pothier as authority for the controversial rule enunciated in this case that when a seller has been paid and has delivered the goods sold to the purchaser, the latter cannot claim damages for defective performance but is limited to the aedilitian remedies.[230]

---

[226]Mulligan "Damages for Breach" 1956 *SALJ* 27 at 30; Weeramantry *Contracts* II § 925.

[227]Pothier appears to have been held in equally high regard at the Cape as he was in England, and references to his work abound in the early reports. At a random glance through 1 Menz reference to various works of Pothier were found at 6, 24, 235, 327, 350, 422, 521 and 547. In *Rogerson v Meyer and Berning* (1837) 2 Menz 38 at 47–51 Pothier's *Obligations* is extensively referred to in the judgment. Cloete J appears to have had a particularly high regard for Pothier. He refers to Pothier's "excellent treatise on *Contracts*" in *Muller Brothers v Kemp* (1858) 3 Searle 142 at 155. Elsewhere he calls Pothier "an eminent authority" who is "looked up to with respect in all Dutch and English Courts" although "his authority cannot be said, strictly speaking, to support the principles of the Roman-Dutch law". (*South African Association v Botha* (1858) 3 Searle 401 at 405; Cloete J's dissenting judgment was upheld by the privy council, (1869) Buch 74; 13 Moore P C 352).

[228]*Long and Co v Munnik* (1853) 2 Searle 35; *Greenshields v Chisholm* (1884) 3 SC 220; *Van Es v Beyers' Trustees* (1884) 3 SC 9 at 12; *Stewart v Ryall* (1887) 5 SC 146 at 157–158; *Cilliers v Papenfus* 1904 TS 73 at 83.

[229](1879) Buch 183.

[230]at 185: "I have consulted Pothier on this subject and he lays down the same rules very clearly". I have been unable to trace the rule in Pothier, and it would appear that De Villiers C J might have been mistaken. See J D Bodenstein "A few aspects of the Actio Empti and the Aedilitian Actions" 1915 *SALJ* 34 at 41–42. *Irvine v Berg* was overruled in *Vorster v Louw* 1910 TPD 1099 at 1124–5; *Vivian v Woodburn* 1910 TPD 1288–9; *Wilson v Simon* 1921 OPD 32 at 36 and *Harvie v Lake's Estate* 1923 EDL 355 at 362.

When they were confronted with the problem of remoteness in contract the courts adopted the views of Pothier and of the English law as set out in *Hadley v Baxendale*.[231] The principle is fully stated for South Africa for the first time by Kotzé JP in 1908,[232] but it is clear that the views of Pothier and the relevant English cases were known and applied long before that date. In 1883 the principle was applied by the supreme court of the Orange Free State;[233] in 1895 it was applied in the Transvaal by Kotzé CJ (as he then was),[234] and in 1896 the principle was stated by Barry JP of the Eastern districts court.[235]

In 1902 in *Trustees of the Wesleyan Church v Eayrs*[236] Buchanan J stated the law in these terms:[237]

> "If our law expresses the principle somewhat differently, I think it is not in conflict with, but the same as that laid down in the cases cited by Mr Schreiner,[238] that when parties enter into a contract, the damages payable for the breach of contract are such as would be reasonably in contemplation of the parties as naturally arising out of the transaction".

The learned judge does not say by whom the principle is expressed "somewhat differently" in "our law".

In 1908 Kotzé JP elaborated on his previous statement of the principle and expressed his view of the law in these terms:[239]

> ". . . (the plaintiff) must further show either that the damages he claims were in the contemplation of the parties at the time of entering into the contract, or are the direct, proximate and natural result of the breach of contract".

The authorities on which Kotzé JP relies are, firstly, Voet 45 1 9 whom he cites as authority for the proposition that loss of profits is recoverable provided the expectation of profits is certain. Secondly, Domat's *Civil Law* 3 52 is cited as authority for the principal proposition, and then the learned judge continues:

> "The matter is, however, nowhere more clearly treated than by Pothier (*Obligations* sec 159 et seq). What he has written on the subject seems to have furnished the foundation of much of the English doctrine in regard to damages for breach of contract. Thus the rule in *Hadley v Baxendale* is entirely based on what is to be found in Pothier."

Before he gave the principle the stamp of approval of the appellate division, Innes CJ had twice previously stated it, once citing Pothier[240] and

---

[231](1854) 9 Ex 341.
[232]*Emslie v African Merchants Ltd* 1908 EDC 82 at 91.
[233]*Du Plooi v Roodt* (1883) 1 Greg 2.
[234]*Transvaal Silver Mines Ltd v Brayshaw* (1895) 2 OR 95 at 102.
[235]*Retief v Groenewald* (1896) 10 EDC 140 at 148.
[236](1902) 19 SC 107.
[237]at 113.
[238]counsel for the plaintiff who had cited the following authorities (at 110): Pothier *Obligations* § 162; *Aquis v Great Western Colliery Co* 1899 1 QB 413; *Hadley v Baxendale* (1854) 9 Ex 341; *Hammond v Bussey* 20 QBD 79; *Simpson v North Western Railway Co* 1 QBD 274.
[239]*Emslie v African Merchants Ltd* 1908 EDC 82 at 90–91.
[240]*Dennill v Atkins and Co* 1905 TS 282 at 289.

once without citing authority.[241] Finally, in *Victoria Falls and Transvaal Power Co Ltd v Consolidated Langlaagte Mines Ltd* he stated the principle as follows:[242]

> "The laws of England and Holland are in substantial agreement on this point. Such damages only are awarded as flow naturally from the breach, or as may reasonably supposed to have been in the contemplation of the contracting parties as likely to result therefrom (see Voet 45 1 9; Pothier *Obligations* sec 160; *Hadley v Baxendale* 9 Ex 341; *Emslie v African Merchants Ltd* 1908 EDC 82)".

This statement is rather remarkable. The assertion that the law of Holland and England are in substantial agreement on this point cannot be substantiated. Both Buchanan J and Kotzé JP had stated that the principle is in accordance with "our law", but it is clear that they had no more in mind than Pothier's statement of the rule. Innes CJ refers to Voet 45 1 9, but Voet does not state the rule and it seems almost certain that the reference to Voet was taken from the judgment in *Emslie v African Merchants Ltd* where Kotzé JP had cited the reference in support of a different proposition. Even more remarkable is the dictum of Watermeyer J:[243]

> "This rule has its origin in the Roman law and is dealt with by many of the recognised authorities on Roman and Roman-Dutch law".

Of the "many recognised authorities" the learned judge cites Voet 45 1 9 and Pothier's *Obligations*, the latter not being an authority on Roman-Dutch law! In marked contrast is the thorough investigation of the origins of the rule by Wessels JA,[244] who recognised that it ultimately derives from the *Tractatus de eo quod interest* of Molinaeus.

(d) The resurgence of the Roman-Dutch law

At the turn of the century, and especially since the establishment of the appellate division in 1910, a general tendency manifested itself to go back to the original sources and principles of the Roman-Dutch law.[245] In the law of damages a return to the Roman-Dutch law was not free from difficulties. The courts were in some instances faced with a long line of judicial authority which could not be overlooked. Attempts were sometimes made to justify the adoption of a rule of English law by seeking to find some trace of its existence in the Roman-Dutch law. Thus Kotzé JP endeavoured to justify the practice of awarding nominal damages in a case of breach of contract on the ground of Voet's reference[246] to an award of a trifling sum (*exiguam summam*).[247] Similarly, as has been shown above, an erroneous interpretation

---

[241] *Steenkamp v Du Toit* 1910 TPD 171 at 175.

[242] 1915 AD 1 at 22.

[243] *Evans and Plows v Willis and Co* 1923 CPD 496 at 502–503.

[244] In *Lavery and Co Ltd v Jungheinrich* 1931 AD 156 at 174–176; see *Bower v Sparks, Young and Farmers' Meat Industries Ltd* 1936 NPD 1 at 13–16.

[245] Hahlo & Kahn *The Union of South Africa* 43–50, and the same authors' *The South African Legal System* 578–596. An example of a case from this period in which extensive reference was made to the institutional writers is *Kroon v Enschede* 1909 TS 374.

[246] 45 1 12.

[247] *Wheeldon v Moldenhauer* 1910 EDL 97 at 101. Kotzé JP repeated this view on several occasions: *Solomon v The Alfred Lodge* 1917 CPD 177 at 188; *Aliwal North Municipality v Jeffares* 1917 CPD 408 at 427; *Molefe v Mdibe* 1919 EDL 112 at 122; *Postmaster-General*

of a passage from Voet played a part in the final adoption of the doctrine of foreseeability in contract derived from Pothier and English law.

The development of detailed rules of assessment is a modern phenomenon, both in the civil and in the common law,[248] and the Roman-Dutch writers of the seventeenth and eighteenth centuries provide no more than a few general principles. To meet the demands of modern conditions the courts have continued to seek guidance in English decisions, but the use of English authority has become more selective. For example, in cases of death and personal injury the South African courts do not share the reluctance of the English courts to advert to actuarial evidence,[249] and the multiplier method employed by English courts has not found favour in South Africa.

The influence of the new awareness of the principles of the Roman-Dutch law was particularly evident in the field of delictual damages. The basic principle of Aquilian liability, namely that the essence of the wrong is the infliction of patrimonial loss, was recognised and the courts began to draw a clearer distinction between the action under the *lex Aquilia* and the *actio iniuriarum*.[250]

The basic principle of Aquilian liability was stated as follows by Innes JA (as he then was) in *Union Government v Warneke:* [251]

> ". . . we are at once faced with the fact that it was essential to a claim under the *lex Aquilia* that there should have been actual *damnum* in the sense of loss to the property of the injured person by the act complained of . . . the compensation under the *lex Aquilia* was only for patrimonial damages [sic], that is, loss in respect of property, business, or prospective gains".[252]

Of particular importance in the above dictum is the emphasis on the fact that the *damnum* which forms the essence of the delict is not the injury to the property which is injured, but "the loss suffered by the plaintiff by reason of the negligent act".[253] In laying down the governing rule whereby the plaintiff's loss is to be assessed, Innes JA, on the authority of Grueber's well-known treatise on the *lex Aquilia*,[254] introduced the *Differenztheorie* into South African law:[255]

---

v Van Niekerk 1918 CPD 378 at 385. These views were adopted by McGregor AJ in *Commissioner of Public Works v Dreyer* 1910 EDL 325 at 332, and by Searle J in *Van Heerden v Paetzold* 1917 CPD 221 at 224. The principle stated by Voet is correctly applied in *Vianini Ferro-concrete Pipes (Pty) Ltd v Union Government* 1942 TPD 71 at 88.

[248]Ogus *Damages* 7.

[249]McGregor *Damages* 1101; Street *Principles of the Law of Damages* (London 1962) 137 n 8 refers to the "sophisticated approach of the South African Courts" in their use of actuarial evidence.

[250]The publication of Melius de Villiers' *The Roman and Roman-Dutch Law of Injuries* in 1899 was undoubtedly an important influence in this regard.

[251]1911 AD 657 at 665.

[252]The principle has been restated on several occasions by the appellate division: *Wynberg Municipality v Dreyer* 1920 AD 439 at 448; *Matthews v Young* 1922 AD 492 at 504; *Oslo Land Co Ltd v Union Government* 1938 AD 584 at 590–591. See also *Edwards v Hyde* 1903 TS 381 at 385; *Steenkamp v Juriaanse* 1907 TS 980 at 986; *Young v Hutton* 1918

[253]WLD 90; *Bredell v Pienaar* 1924 CPD 203 at 209–210.

Oslo Land Co Ltd v Union Government 1938 AD 584 at 593.

[254]E Grueber *The Lex Aquilia: The Roman Law of Damage to Property* (Oxford 1886)

> "In later Roman law property came to mean the *universitas* of the plaintiff's rights and duties, and the object of the action was to recover the difference between that *universitas* as it was after the act of damage, and as it would have been if the act had not been committed".

In assessing the amount of this difference any element of attachment or affection for the thing damaged is to be vigorously excluded[256] – a principle of long ancestry in the civil law.

Contrary to what one might have expected, the recognition of patrimonial loss as the essence of Aquilian liability did not exorcise the ghost of the older cases in which nominal damages were awarded. In *Edwards v Hyde*[257] after stating that the plaintiff would have been entitled to nominal damages had the action been brought under English law, Innes CJ continued:[258]

> "The Roman-Dutch law, however, did not encourage actions in cases where no actual damage had been sustained to the same extent as the English law. To take one instance only, in all actions under the *lex Aquilia* it was essential that *damnum* should be proved. And by *damnum* I mean not damage to a thing, but actual loss to the person injured. But there were other actions in which it was not necessary to prove specific damages – for instance, those actions in which the element of *contumelia* was present; so also with regard to actions for trespass, brought to vindicate some right".

The exceptions here recognised have their origins in English law and their South African antecedents in cases such as *Breda v Muller*,[259] *Cawoods v Simpson*[260] and *Jansen v Pienaar*.[261] The recognition of the exceptions gave a firm foothold to the imported doctrine of nominal damages and the decision in *Edwards v Hyde* has been frequently followed.[262] In cases of breach of contract, nominal damages also retained its foothold despite a strong dissenting judgment by Esselen J in *Stow, Jooste and Matthews v Chester & Gibb*.[263] In a number of cases the award of nominal damages was justified on an erroneous interpretation of a passage in Voet.[264] In other cases it has been held that the court is not entitled to give nominal damages unless the action was brought to vindicate a right which may be of value in the future, or unless the breach was deliberate.[265] The principle that nominal damages may be

---

265–266, 269. Grueber, in turn, derives the theory from Fr Mommsen who had first formulated it.

[255] *Union Government v Warneke* 1911 AD 657 at 665.

[256] at 665.

[257] 1903 TS 381.

[258] at 385; see also the concurring judgment of Solomon J at 386–387.

[259] (1829) 1 Menz 425.

[260] (1845) 3 Menz 542.

[261] (1880) 1 SC 276. Though he cites no earlier case, the words of Dove Wilson JP in *Johnstone v Donovan* 1916 NPD 153 at 157 are strongly reminiscent of those of Smith J in *Jansen v Pienaar* 1880 SC 276 at 277.

[262] *Goss v Mosandele* 1913 EDL 208; *SA Cabinet Works v Cohen* 1918 CPD 69; *Erasmus v Woods* 1922 EDL 115; *Heydenreich v Van Rensburg* 1926 OPD 47; *Rampersad v Goverdun* 1929 NPD 32; *Vanston v Frost* 1930 NPD 121; *Ngobese v Slatter Bros* 1935 NPD 284.

[263] (1889) 3 SAR 127 at 133 f.

[264] The cases are cited above in n 247.

[265] *Weber v Africander GM Co* (1899) 16 CLJ 128; *Edwards v Hyde* 1903 TS 381; *Steenkamp v Juriaanse* 1907 TS 980; *Frenkel v Johannesburg Municipality* 1909 TH 260; *Kostoupolos v Mitchell* (1908) 18 CTR 325; *Du Plessis v Singer* 1931 CPD 105.

awarded in a case of breach of contract where the action is brought to vindicate a right, has been approved by the appellate division.[266]

The nineteenth century heritage of English habits of juristic thought proved rather more difficult to shake off in the case of the *actio iniuriarum* than in the case of the *lex Aquilia*. The English cast of thought is evident in the use of the term *sentimental damages*,[267] which has become generally accepted. In the Roman-Dutch law the terminology of damages was never applied to the *actio iniuriarum* – the writers consistently speak of *poena* (*pecuniaria*). The tendency to put too strong an emphasis on *contumelia* as an element of *iniuria*[268] is probably to be ascribed to the lingering influence of the English doctrine of exemplary damages. One gets the impression that the courts initially had some difficulty in distinguising clearly between the Roman-Dutch *actio iniuriarum* in which the award was essentially punitive, and those torts of English law in which damages were "at large" and a punitive award could be made without proof of actual patrimonial loss. When Solomon J states that, "where the tort is committed under circumstances which amount to *contumelia*, and in these cases, though no actual damages are proved, the court is entitled to give the plaintiff substantial damages,"[269] he purports to lay down Roman-Dutch law, but he is still haunted by those cases in which exemplary damages were awarded for a "deliberate delict or tort".[270]

Once the courts had differentiated between the fundamental object of the Aquilian action and that of the *actio iniuriarum*, it was possible to distinguish the two forms of redress available to a plaintiff in a case of defamation: compensation or reparation under the *actio iniuriarum* for the wrong done to him by the violation of his right to retain his good name and fame untarnished (the so-called sentimental damages), and compensation under the *lex Aquilia* for any patrimonial loss he has suffered.[271] The influence of the English law lingers on in so far as the former is styled general damages, and the latter special damages which must be specially pleaded and proved.[272]

In two curious cases[273] in which the courts purported to distinguish *Edwards v Hyde*,[274] the nineteenth century confusion of nominal and punitive damages is still much in evidence. In *Lord v Gillwald*[275] the court, in addition to finding that the plaintiff's right had been infringed, specifically found that pecuniary loss had been caused. Apparently ignoring this latter finding, the court awarded £5 damages because the defendant had "taken the law into his own hands".[276] In *Trystam v Knight*[277] the defendant had castrated two

---

[266] *Farmers Co-op Society v Berry* 1912 AD 343 at 352.
[267] See eg *Matthews v Young* 1922 AD 492 at 503.
[268] As was pointed out by Van der Heever JA in *Foulds v Smith* 1950 1 SA 1 (A) at 11, and see Joubert *Grondslae van die Persoonlikheidsreg* (Kaapstad 1953) 93.
[269] *Edwards v Hyde* 1903 TS 381 at 387.
[270] eg *Stuurman v Van Rooyen* (1893) 10 SC 35; *Nicholson v Myburgh* (1897) 14 SC 384.
[271] *Matthews v Young* 1922 AD 492 at 505.
[272] *Die Spoorbond v South African Railways* 1946 AD 999 at 1011; McKerron *The Law of Delict* 207.
[273] Both are discussed by Price 1950 *THRHR* 87 at 104 f.
[274] 1903 TS 381.
[275] 1907 EDC 64.
[276] at 69.
[277] 1922 NPD 186.

stallions straying on his land and the court found that some pecuniary loss had been caused. Brushing this finding aside, the court referred to certain "circumstances of aggravation"[278] and awarded £5 "nominal damages" for what it termed "most high handed, illegal, and improper" conduct.[279]

During the nineteenth century the courts had not arrived at an explicit statement of any general rule governing the award of damages in a case of breach of contract. This was first done by Innes CJ in 1905, without reference to any authority:[280]

> "The general rule is that when a contract is broken the injured party should if possible be placed as nearly as possible in the same position as he would have occupied if the contract had been performed".

The rule thus stated is in accordance with the general rule formulated in 1848 by Parke B in *Robinson v Harman*,[281] and with the positive interest of the civil law as formulated by Von Ihering.[282] When the appellate division adopted the rule in 1915,[283] it did so without citing authority or referring to a preceding case. The only authority ever cited for the rule prior to its adoption by the appellate division, was the decision of the privy council in *Wertheim v Chicoutimi Pulp Co.*[284]

Efforts have been made to trace the origins of the rule to the Roman and Roman-Dutch law.[285] As has been shown, the concept of positive interest was unknown in Roman law in which *id quod interest* did not denote a method of assessment involving a comparison between the plaintiff's present position in fact, and what it would have been but for the commission of the wrong. The texts from the Digest[286] on which reliance is placed for the most part merely state that in a case of breach of contract the plaintiff is entitled to his *id quod interest*.[287] Such direct recourse to the Roman texts is, it is submitted, an anachronistic projection of the modern concept of *interesse*, and in this case more particularly the concept of positive interest, on the Roman texts. The same applies in the case of the texts from Matthaeus, Voet and Van Leeuwen cited in support of the rule.[288] These three writers adopt the Accursian definition of *interesse* based on *D* 46 8 13,[289] and do not state any

---

[278]at 189.

[279]at 191. These two cases are reminiscent of the decisions in *MacGreal v Murray and Burill* 1872 NLR 19 and *Van der Byl v De Smidt* 1869 Buch 183, though in these two cases the punitive element in the award is directed at the plaintiff.

[280]*Dennill v Atkins and Co* 1905 TS at 288–289.

[281](1848) 1 Ex 850 at 855, cited above.

[282]See above n 68.

[283]*Victoria Falls and Transvaal Power Co Ltd v Consolidated Langlaagte Mines Ltd* 1915 AD 1 at 22 and 46.

[284]1911 AC 301 (PC) in which *Robinson v Harman* (1848) 1 Ex 850 was followed, cited by Buchanan J in *Tweespruit Dairies v Michelsen* 1914 CPD 995 at 997.

[285]Notably by De Wet & Yeats *Kontraktereg* 158 note (a) and Wessels *Contract* II § 3214.

[286]*D* 10 4 9 8; 13 4 2 8; 19 1 1*pr;* 19 2 19 1; 19 2 33; 39 2 4 7; 46 8 13*pr.*

[287]The only text in which the formulation resembles the modern rule is *D* 21 2 8.

[288]De Wet & Yeats *Kontraktereg* 158 note (a) cite Matthaeus *De Auctionibus* 1 21 2; Voet 45 1 9; Van Leeuwen *Censura Forensis* 1 4 15 6.

[289]Voet 45 1 9 says *interesse* is *utilitas amissa et damnum acceptum*. Matthaeus *De Auctionibus* 1 21 12 says that in the case of eviction the purchaser is entitled to recover the *simplum*

principle that the injured party is to be placed in the position he would have been had the contract been performed. Despite possible similarity of result between the Roman and Roman-Dutch texts and the application of the modern principle in certain situations, there is a fundamental difference of approach.

VI CONCLUSION

The fusion of civil and common law elements in the South African law of damages was facilitated by the fact that during the nineteenth century the two systems had adopted a similar governing rule for assessing the measure of damages: the plaintiff is to be placed in the position he would have been but for the commission of the wrong. It is interesting to note that when the South African courts adopted the rule during the early years of the twentieth century, they derived it in the case of delict from the civil law and in the case of contract from the common law. The "dangerous ambiguity"[290] lurking in the rule as far as contract is concerned, was in the civil law resolved by the distinction of positive and negative interest. In English law, where the matter has till recently not received much attention, a similar distinction has of late been drawn between what is termed the expectation interest, the reliance interest and the indemnity interest in contract.[291] Ogus points out that the reliance interest in contract is similar to the compensatory principle of actions in tort.[292] This also applies in the case of the civil law: negative interest in contract resembles the application of the *Differenztheorie* in delict. Hence, perhaps, the fairly widespread tendency in South Africa to say that in delict the plaintiff is entitled to his negative interest. □

There come times in the growth of every living system of law when old practice and ancient formulae must be modified in order to keep in touch with the expansion of legal ideas, and to keep pace with the requirements of changing conditions. And it is for the courts to decide when the modifications, which time has proved to be desirable, are of a nature to be effected by judicial decision, and when they are so important or so radical that they should be left to the legislature.

per Innes C J in *Blower v Van Noorden* 1909 TS 890 905

(he has *C* 7 47 in mind) and *id quod interest*. This *id quod interest*, he says, must be assessed *ex formula illa, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui*. Van Leeuwen *Censura Forensis* 1 4 15 6 says the same: *In hac aestimatione et damni cessantis et lucri emergentis ratio habetur*.

[290]McGregor *Damages* 10.

[291]Ogus *Damages* 286.

[292]*ibid* 347.

Some Historical Aspects of Supervening Impossibility of Performance of Contract

WA Ramsden QC

University of Natal

(*Conclusion*)

(b) **Performance must be objectively impossible**

First, performance must be substantially impossible. As Medicus[115] says: "Nullity doesn't apply if the disturbed transaction remains performable with reasonable changes."

Secondly, the obligation had to be wholly impossible of performance. If it was merely partially impossible, the obligation was not extinguished, and the promisor had to perform what he could of the obligation and compensate the promisee for what he could not perform.[116] The obligation would not be wholly impossible of performance, however, where–

(i) the obligation related to a *genus* or an indeterminate *res*, i e a *res* not particularly specified;[117]

(ii) the obligation consisted of alternative performances, only one of which had become impossible of fulfilment, as the remaining alternative simply became the promise due;[118] or,

(iii) in consequence of the circumstances which made the performance impossible, the promisor received compensation or at least a right to compensation for loss of the thing due, for here the promisee could demand the compensation received by him or cession of the right to demand it.[119]

Thirdly, mere difficulty of performance or personal incapability of the debtor[120] was insufficient.[121] In *facere* obligations the border-line between

---

[115]*op cit* 92.
[116]Pothier *op cit* 3 6 2 623 & 3 6 4 634; but see Windscheid *op cit* § 264 2 rules 6 & 8. See also below where the matter raised here is dealt with in more detail.
[117]Pothier *op cit* 3 6 2 622; Windscheid *op cit* § 264 2 rule 7.
[118]Pothier *op cit* 3 6 2 621.
[119]*ibid* 3 6 4 635; Windscheid *op cit* § 264 2 rule 5.
[120]Which cannot always be clearly separated, see Medicus *op cit* 85.
[121]*ibid* 100; Winscheid *op cit* § 264 1.

impossibility and mere personal incapability is lost in cases where the person of the debtor is important, that is, in modern legal terms, in cases which require the performance of highly personal duties,[122] and the promissor was absolved eg where a portrait painter had been accidentally blinded. On the other hand, performance was considered impossible if it could only be done by an utmost effort of gigantic strength, by the employment of very extraordinary resources or if it was only within the power of a few exceptional persons.[123] But in many cases there was no doubt about the effectiveness of the promise in spite of the incapacity of the debtor[124] though there seem to have been exceptions, eg where a *fideicommissum* of a foreign *res* was promised[125] where, it seems, an implied condition may have applied[126] that the promise is only effective if the foreign *res* can be procured, though the reason advanced by Medicus for the exception is that the *fideicommissum* was actionable in the *extraordinaria cognitio* for which a *condemnatio in ipsam rem* had to be given.[127] It is clear, therefore, that Rabel's opinion that the Romans only took account of objective impossibility of performance is subject to some qualification.[128]

We have seen that if the *res* were carried away by the enemy, performance would be regarded as impossible for it seems that the Romans were realistic enough to disregard the possibility of performance by the *hostes* themselves.[129] On the other hand, it afforded no excuse to the promisor, for example, that the promised *res* was owned by another who refused to part with it,[130] or that it has been lost to him by theft[131] for strictly speaking these circumstances were not regarded as constituting impossibility[132] as performance could objectively be achieved though probably not by him. As we have seen, however, temporary impossibility would excuse a delay in performance and it is probable also that under the Roman law difficulty in performance might also in certain circumstances excuse delay. Certainly from the days of the post-glossators the maxim "difficultas non tollit obligationem sed excusat a mora" came into use and after the Middle Ages even applied to money debts.[133] This maxim developed out of the Accursian Gloss on *D*

---

[122] *ibid* 84.

[123] *D* 40 7 41. See J E Goudsmit *on the Pandects* 1 5 3 62 (translated by R de Tracy Gould (London 1873) 166 and F C von Savigny *System des heutigen römischen Rechts* III 165. See also Windscheid *op cit* § 264 2 b & 4.

[124] Medicus *op cit* 84.

[125] *ibid.*

[126] See below.

[127] *op cit* 85.

[128] *ibid* 91–2, particularly if we take into account those cases where the duty to perform was temporarily suspended; see above.

[129] *ibid* 89. Professor R G McElroy "Frustration & *Force Majeure*: The Common Law and the Common Market" 1963 *New Zealand Law Journal* 185) says: "In Roman Law supervening impossibility of performance operated to extinguish an obligation . . . the texts do not give other instances of this rule than destruction of subject matter . . ." ; but this clearly appears to be incorrect.

[130] *ibid* 101.

[131] *ibid* 100.

[132] *ibid* 101.

[133] Feenstra *op cit* 501.

45 1 137 4 where impossibility is clearly contrasted with mere difficulty of performance.[134] This clear distinction, however, did not correctly reflect the true position in Roman law,[135] as we have seen, and came to have a less precise meaning and significance in Medieval times.[136]

There was another case of impossibility which failed to excuse the promissor and which must be mentioned here. This occurred where the promised *res* perished as a result of latent defects existing within it at the date the contract was entered into[137] unless the contract excluded liability for latent defects as in the case of a *voetstoots* sale.

The post-classical jurists, including Justinian, did not directly add anything to the rules relating to impossibility.[138] Although, as we have seen, they developed the concept of *bona fides* and the rules relating to *diligentia*, it is surprising that the changes in legal procedure, more particularly the enforcement of specific performance, had no effect whatever on *impossibilitas* or *casus*. The Romans did not work out any rules providing for an unsuccessful claim for primary performance to be supplemented by a successful secondary claim.[139]

Likewise, although *perpetuatio obligationis* fell into disuse[140] the old rules of *casus* applied to the *bonae fidei* contracts in much the same way as they had in the *stricti juris judicia*, subject only to the growing sense of *synallagma*, of *bona fides* and of *diligentia*. As Riccobono points out:[141] "Frequently the compilers adapted passages, which originally referred to stipulation, so as to apply to *emptio* and *locatio*,[142] substituted the word '*obligatio*' for '*stipulatio*'[143] and treated the stipulation as a written agreement. That the Byzantine emperors understood the form and substance of the stipulation in the latter sense is apparent from *C* 4 30 13 . . . With this as its meaning the term *stipulatio* passed into modern language."

This process was completed by the institutional writers. The *Pandektenrecht*, for example, "contains what is substantially only one system of contract . . . *Bonae fidei* notions have practically ousted those of *strictum jus*"[144] and the "system of contract laid down by Pothier was unitary and fused the

---

[134]*ibid* 498; M Meijers *Etudes D'Histoire du Droit* Vol IX, 27.

[135]*ibid* and Windscheid *op cit* § 264 1: "It is not so important whether the impossibility is an objective or a subjective one but whether the debtor is to blame for it"; and at § 264 2 1: "The debtor is freed of the duty of performance if he cannot perform or is incapable of performing through circumstances for which he is not responsible after the liability relationship has come into being"; see also § 264 n 1 and Lee *Introduction to Roman Dutch Law* 2nd ed 261 § 4 but cf Voci *op cit* 125 f and *D* 45 1 137 5.

[136]See below *re* the *clausula rebus sic stantibus*.

[137]Benöhr *op cit* 90. See also Pothier *op cit* 3 6 1 613 n c.

[138]Medicus *op cit* 104.

[139]*ibid* 104. Though the Roman-Dutch jurists took it into account see Van Leeuwen *Commentaries on Roman-Dutch Law* 2 4 3.

[140]Kaser *op cit* § 37 1 2.

[141]Professor Salvatore Riccobono *Stipulation and the Theory of Contract* (translation by Professor J Kerr Wylie (1957) Amsterdam Cape Town 174.

[142]See *D* 45 1 35 2; 44 7 48.

[143]See *D* 45 4 14; 45 1 137 5.

[144]Buckland, "*Casus* and Frustration" 1283 & 1286.

notion of release by *casus* with respect to *stricti juris* obligations with the law of sale.[145] He took the rules he preferred from both systems to create what seemed to him to be a more ideal exposition of the law of sale.[146] The same is generally true of other institutional writers and even of the classical treatises on Scots law.[147]

In the Middle Ages an implied condition, the *clausula rebus sic stantibus*,[148] came to be read into contracts. This means in effect that the promise only holds good on condition that circumstances remain unchanged. There seems to have been some foreshadowing of this in Roman times. *D* 30 39 7 provides a clearcut assumption that the effectiveness of a legacy depends upon whether the bequeated *res* can be procured[149] and passages from Seneca[150] and Cicero[151] were quoted by theologians like Thomas Aquinas and jurists of the sixteenth and seventeenth centuries in support of the rule,[152] but the real origin of the *clausula rebus sic stantibus* rule as a rule of judicial construction lies with the jurists of the Middle Ages.

The rule found its way into the canon law at a fairly early date. The *Decretum Gratiani* of about 1140 contains the rule which it derived from Augustinus. Because of its inclusion in the *Decretum Gratiani* the rule became an authority for jurists at the beginning of the thirteenth century.[153] The rule was applied to oaths and contracts of marriage, among others, but there was no general application of the rule to agreements until the end of the fourteenth century.[154] Bartolus successfully introduced the *clausula* theory into civil law in connection with the declaration of the surrender of claims in his comment on *D* 12 4 8[155] and Baldus is regarded as the first to extend it to *promissiones*.[156] Jason de Mayno (1435–1519) held that the *clausula* applied also to legislation, conditions, privileges, oaths, sworn statements and sworn affidavits concerning the surrender of claims.[157] These writers were followed by a number of others, including Grotius,[158] though the rule underwent a certain amount of transformation or at least change of emphasis over the years.

Cajetanus (1469–1535), author of the commentary on the *Summa* of Thomas Aquinas, states that while Thomas Aquinas was guided by the

---

[145]*ibid* 1288.
[146]*ibid* 1293.
[147]*ibid* 1284.
[148]An earlier version of this was known as the *clausula rebus sic habentibus* (Feenstra *op cit* 505).
[149]Medicus *op cit* 84–5 and see the discussion of a *fideicommissum* of a foreign *res* supra.
[150]*De Beneficiis* IV 35 3.
[151]Cicero was of the general opinion that that which has been promised and is of no further use to the other party need no longer be adhered to (Feenstra *op cit* 503).
[152]*ibid* 502.
[153]*ibid* 503.
[154]*ibid* 505.
[155]Johannes Teutonicus had already done something similar in regard to oaths in his gloss on *D* 46 3 38.
[156]Feenstra *op cit* 506.
[157]*ibid* 506.
[158]*ibid* 508 & 510, 513.

general formula of Seneca we should also refer to the two *casus* formulae of Cicero, namely–

(a) whether adherence is no longer of benefit to the parties to whom performance was promised;

(b) whether adherence to the promise leads to more harm to the promisor than it results in advantage to the promisee.

Cajetanus refines the theory and by emphasising the objective considerations of the circumstances surrounding the place, the person, the time and the thing, he pushes the implied condition notion which played such an important role with Thomas Aquinas and Seneca into the background.[159]

The commentary of Cajetanus is of little juridical importance but Sylvester Prieras (1456–1523) and Navarrus (1493–1586) were much more important in this respect. The latter distinguishes between *forum interius* and *forum exterius*. In the former it is sufficient for the promisor to declare that he would not have promised if he had known beforehand that a change of circumstances would occur. In the latter it is sufficient if after considering the changed circumstances it is clear that the promisor would not have promised if such circumstances had been present to his mind beforehand.[160] The criterion for the *forum exterius* is similar to the objective criterion laid down by Cajetanus, but the idea "if he had thought about it in advance" indicates the influence of the concept of implied condition which the Canonists espoused.[161]

Ludovicus Molina (1536–1600) links the question of a change in circumstances with the rule of impossibility. He considers a hypothetical case discussed by many of his predecessors and contemporaries – where A has promised to give a sword to B but on the due date for performance finds that B has gone insane; he says that it is a case of legal impossibility.[162] Leonardus Lessius (1554–1632) generally agrees with Molina and gives other hypothetical examples, for example, the case where a *res* is given into custody and before the date it is due to be returned the custodian learns that it is stolen property to which the depositor has no title.[163]

Grotius deals with this matter in a chapter on interpretation in his *De Jure Belli ac Pacis*,[164] in which he cites both Molina and Lessius. Grotius denies that every promise is subject to the implied condition of the *clausula rebus sic stantibus*, unless at the time the promise is made the existing state of affairs was included in the *ratio* stated by the parties[165] – a viewpoint which

---

[159]*ibid* 507.
[160]*ibid* 508.
[161]*ibid.*
[162]*ibid.*
[163]*ibid* 509–510. J E Goudsmit *on the Pandects* 1 5 3 62, 167 n 2 disapproved of treating illicit and immoral conditions, the fulfilment of which is possible, but forbidden, on the same basis as those which are physically impossible.
[164]2 16 § 25–27.
[165]Feenstra *op cit* 510–511 ". . . unless it do manifestly appear that the present condition of things was included in that only reason which we have said" (William Evat's translation of Grotius *op cit* § 25 London 1882).

comes very close to the English doctrine of frustration which applies where the ultimate purpose of the contract would not be achieved unless the existing state of affairs in this respect were to continue.[166]

He says the intention of the parties must be gleaned from some expression of that intention or from natural reason[167] (that is to say, implied from the circumstances). He concludes that there must be a certain amount of liberty to nullify the agreement in those cases where the promisor would not have agreed had the changed circumstances been present to his mind, provided there is sufficient justification for this.[168]

The first justification would exist where it was necessary to release a party from an obligation which has become repugnant to the laws of God or of nature, such as the obligation to restore a sword to one who has since become insane or to restore to the depositor property the rightful owner of which has demanded its return.

The second justification arises when it is necessary to release a party from an engagement to do things which to a prudent and well-balanced judgment would be too grievous and intolerable. Not every damage can be relieved under this head, but only those which, from the very nature of the act, it must be supposed that it, if it had been foreseen, would have been exempted from the promise. He instances the case of the dangerous illness of a father or son or a wife in labour as excusing a contract of service, or the country becoming infested with robbers as excusing one from participating in a business trip.

He quotes Seneca with approval as follows: "Being invited to a feast, I'll go because I have promised, although it be cold; I will arise to a wedding because I have promised, although I am not sufficiently refreshed with sleep; but not if I am feverish, although I have promised . . . Make the case the same as when thou exactest my promise, as it was when I made it: if any new thing intervene, it is not levity or inconsistency in me if I fail. What wonder is it if a man change his mind and counsel, when his condition is changed. Make all things the same, and than I also am the same."[169]

The far-reaching effect of these words has not found a sympathetic ear over most of the modern world though they have come very close to it in the United States of America.[170]

Thus we see that Grotius, though he expressly repudiates the principle of implied condition, nevertheless through the back door of interpretation of intention arrives at a conclusion which is not far removed from the views of Navarrus, Molina and Lessius.[171]

---

[166]Van Leewen *op cit* 2 4 3 seems to disagree: ". . . at the present day all change of intention and withdrawal are excluded, except when it has otherwise been expressly stipulated."
[167]Feenstra *op cit* 511.
[168]*ibid.*
[169]William Evat's translation of Grotius *op cit* § 27.
[170]See Corbin *on Contracts* (St Paul 1962) § 1355 & 1361.
[171]Feenstra *op cit* 511.

The *clausula rebus sic stantibus* found its way into the contract law of Prussia by being incorporated into the Prussian Code of 1794[172] though in a restricted form[173] and as Diesselhorst[174] has remarked, the views of Grotius tend towards the modern German concept of *Geschäftsgrundlage*.[175] The modern French doctrine of *imprévision*[176] has also grown out of the *clausula rebus sic stantibus*.[177]

It will be seen from the above that the tendency was to add to the rule of *casus* those cases in which the *clausula* applied though they were kept separate and distinct. It is, however, easy to confuse these rules. As Buckland says,[178] "It may be taken that on both sides of the Atlantic there are cases in which frustration is assimilated to supervening impossibility, and in all probability the Roman lawyers would have taken the same line", and later[179] he assumes "that the Romans, like ourselves, would have equated *casus* and frustration" and acting upon that assumption states that "the hirer of property would not be liable for the hire if circumstances not imputable to him made enjoyment impossible, and he could recover payment made for the time when enjoyment was impossible." I have been unable to find any evidence of this in Roman law and it seems possible that Buckland was merely projecting the confusion which existed in the Anglo-American common law system on to Roman law, a confusion which has bedevilled clear thinking on the principles involved and led to the adoption of an artificial notion of the implied condition. Williston[180] was one of the first to clearly separate the two concepts. He dealt with frustration in quite a separate section of his treatise on contracts under the heading "Failure of Consideration". Professors McElroy and Glanville Williams[181] have endeavoured to untangle the two concepts in the English legal system.

Our courts[182] have stated that the English doctrine of frustration is not a part of our law, but at the same time appear to have overlooked the

---

[172]Feenstra *op cit* 513.

[173]Article 377 of this Code which deals with the matter, provides: "Except in the case of an actual impossibility, the performance of an agreement can as a rule not be refused on the ground of changed circumstances", and then goes on to deal in the next two paragraphs with the grounds on which performance may be refused.

[174]M Diesselhorst *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen* (Köln-Graz) 1959 142 n 2; see Feenstra *op cit* 513.

[175]See also Professor R Leonhard *Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach römischem Rechte* (1882)"; Professor Naber and Moltzer in the "*Praeadvies*" to the *Nederlandsche Juristen Vereeniging* (1889) at 25 and 52, respectively, and Professor Windscheid's exposition of his doctrine of *Voraussetzung* and the numerous works thereon.

[176]This doctrine discharges the promissor's obligation when circumstances have changed so greatly that they could not reasonably have been foreseen, even if possible of performance (Aubrey "Frustration Reconsidered" 1963 *International and Comparative Law Quarterly Review* 1176).

[177]"Commercial Frustration: a Comparative Study" *Texas International Law Forum* 290–1.

[178]Buckland "*Casus* and Frustration" 1291.

[179]*ibid* 1293.

[180]*on Contracts* 2nd ed 1921; see also Corbin *op cit.*

[181]*A Treatise on the Law of Supervening Impossibility of Performance of Contracts, Failure of Consideration and Frustration* Cambridge (1941).

[182]*Beretta v Rhodesia Railways Ltd* 1947 2 SA 1075 (SR) at 1082, *Bayley v Harwood* 1953 3 SA 239 (T) at 244.

clausula rebus sic stantibus, probably with some justification, as we shall see later.[183]

In *Beretta's* case no authority was given for the above-mentioned statement, which was in any event obiter, though the court quoted *Peters, Flamman & Co v Kokstad Municipality*[184] (in connection with the impossibility of performance) though on another point. In *Bayley's* case,[185] the *Peters, Flamman* case was given as authority for the statement, which was again obiter, as it was a clear case of impossibility, not frustration. There is no statement in the judgment in the *Peters, Flamman* case which could support the idea that frustration, or something essentially similar to it, is not a part of our law; on the contrary it was there stated that there was no significant difference between the principles of the English law and the equivalent principles of our own law. This matter was argued on appeal in *Bayley's* case but was not considered in the judgments of the appellate division.

The appellate division in *Algoa Milling Co v Arkell and Douglas*[186] stated that: "Nowhere in our law it is laid down that an impossibility arising from changed circumstances after a contract has been entered into would excuse a party from performing the conditions of the contract" and after quoting various Roman-Dutch authorities, proceeded to apply the strict rules of English law. This case was decided before the *Peters, Flamman* case and would appear to be inconsistent with it, unless restricted to the particular facts of that case where there were certain "marginal conditions" contained in a letter forming part of the contract between the parties which afforded the protection sought.

More to the point is the decision of the appellate division in *African Realty Trust Ltd v Holmes*.[187] Again the contract specifically dealt with the matter so the statements of the court[188] are obiter. Texts from the Digest on the giving of a *dos* and a text relating to an inheritance are quoted. As we have seen above, these were somewhat exceptional; but also Professor R Leonhard's statement in *Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach römischem Rechte*, where he deals with a procession very like the coronation cases is mentioned, as well as a discussion of the subject by Professor Naber and Professor Mottzer in the *Praeadvies* to the *Nederlandsche Juristen Vereeniging* (1889)[189] to the same effect, namely that it would be assumed that the contract had been entered into under the unambiguous condition that the procession should take place, although it contained nothing more than that a certain room is hired at a certain place for a definite date. Professor Windscheid's doctrine of *Voraussetzung* is also referred to. Is it then only the "loss lies where it falls" aspects of the doctrine of frustration[190] that have been declared to be inap-

---

[183]infra.
[184]1919 AD 427.
[185]supra.
[186]1918 AD 145, 170.
[187]1922 AD 389.
[188]at p 401–3.
[189]at p 25 and 152 respectively.
[190]See also *Fluxman v Brittain* 1941 AD 273.

plicable in our law by the *Beretta* and *Bayley* cases, not the frustrating effects of unexpected circumstances who go to the root of the contract and are essential for its performance?

In order to answer this question, we must decide whether the *clausula rebus sic stantibus* was a part of Roman-Dutch law. As we have seen, it was a favourite doctrine of the canonists and writers on natural law, and gained some recognition in the private law of Prussia. However, the indications are that it was not a part of Roman-Dutch private law as it is not mentioned by Grotius in his *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleertheid* nor, for example, by Van der Keesel in any of his works and indeed it is actually denied efficacy by Cornelius van Bynkershoek in his *Quaestionum Juris Publici* .[191] He was the first to oppose it[192] but in the eighteenth century strong opposition to the clause developed, although, as we have indicated,[193] it has since come back into its own to some extent both in France[194] and in Germany in modern times, and, as foreshadowed in *African Realty Trust Ltd v Holmes*,[195] it may possibly even be utilised by our courts to extend our own legal rules and make them more equitable.

Whilst these factors are all very interesting, however, they fall into a more modern period and will not be developed in this article. The position in Roman-Dutch law seems to have been very similar to that which obtained in Roman law. Supervening impossibility of performance arose when, after the contract was entered into but before performance–

(a) the subject-matter of the contract is destroyed,[196] spoilt[197] or lost,[198] become *extra commercium*[199] or is expropriated;[200]

(b) the object of the contract ceases to be capable of accepting the performance, eg A promised to procure B a right of way to B's land over an adjoining field, but B sells his land without transferring the benefit of the contract;[201]

(c) *duae lucrativae causae* obtained.[202] This only applied where–

---

[191]2 10; see Feenstra *op cit* 513 and Meijers *op cit* who says: "With all the force of his strong personality, he opposed the application of the clause, both in respect of civil and of public law".

[192]Feenstra *op cit* 513.

[193]supra.

[194]Through the administrative courts as (significantly) it is not regarded there as a principle of private law ("Commercial Frustration: A Comparative Study" *op cit* 291–2; David "Frustration of Contract in French Law" 1946 *Journal of Comparative Legislation and International Law* (3d series) 1964 11, 13; Honin: "Sale of Goods in French Law" 1964 *International and Comparative Law Quarterly Review, Special Publication* 27.

[195]supra.

[196]Pothier *op cit* 3 6 1 613: Van der Linden *Institutes of the Laws of Holland* (translated by George T Morice (Cape Town 1914) 1 18 7; Huber *Jurisprudence of my Time* (translated by Percival Gane) 1 42 7; and Grotius *The Jurisprudence of Holland* (translated by R W Lee (Oxford 1926)) 47 1.

[197]Van der Linden *op cit* 1 18 7.

[198]*ibid* and Huber *op cit* 1 42 7.

[199]Pothier *op cit* 3 6 1 614 and Grotius *op cit* 3 47 1 & 4.

[200]Pothier *loc cit*.

[201]*ibid* 3 6 1 615.

[202]*ibid* 3 6 1 616.

(i) both contracts were lucrative.[203]

(ii) the rights actually acquired under one lucrative contract were at least as extensive as those promised under the other, otherwise the obligation remained under the latter contract to make up the deficit.[204]

(d) death or disability incapacitates a promisor from performing his obligations under the contract, e g a portrait painter becoming blind,[205] in addition possibly to the frustration of the object of the contract we have noted above.

As regards (a)–

(i) Destruction was subjected to very much the same test as in Roman law.[206] The *Hollandsche Consultatien* 1 66 contains a reference to a case at Amsterdam where it was held that a surviving spouse could not claim under an antenuptial contract a mill which had been blown down by the wind and reconstructed, in part out of the old materials, on the grounds that it had ceased to exist and something quite different had been substituted in its place.[207]

(ii) If the subject matter of the contract was spoilt the general rule appears to have been that the debtor was not released, but had to perform what remained[208] and if he was responsible for the damage, to compensate the creditor for the deficiency in performance[209] but if the deficient performance can be shown to be of no value to him, the creditor can reject it and, where the debtor is responsible, demand full compensation from him.[210]

(iii) A distinction was drawn between destruction and loss, for a thing destroyed cannot be renewed, whilst if it is merely lost, e g taken by robbers, it may be recovered and the debtor is only released whilst the loss continued,[211] hence temporary impossibility was also recognised; apparently still without time limit.

Again, impossibility did not release the debtor if he was responsible for

---

[203]*ibid* 3 6 1 618–9.
[204]*ibid* 3 6 1 617.
[205]supra. All of the cases mentioned were very much in accord with Roman law.
[206]supra.
[207]See Schorer's note to Grotius *op cit* 3 47. 1
[208]Pothier *op cit* 3 6 1 624 & 634. The examples given relate to sale where the doctrine of risk would require this anyway. See also Van der Linden *op cit* 1 18 6; Windscheid *op cit* § 264 2: "If the debtor is not to blame, he is free and only has to perform what remains possible of the obligation originally contracted for", including any proceeds (e g insurance) received from the destroyed *res*.
[209]Windscheid *op cit* § 264 2 6 & 8, provided the right has already vested at the time of the partial destruction (Pothier *op cit* 3 6 1 634).
[210]Windscheid *op cit* § 264 2 6 & 8.
[211]Pothier *op cit* 3 6 1 620.

it, whether by a deliberate act,[212] even if at the time unaware of the debt,[213] or by negligence[214] which was differently estimated according to the different nature of contracts.[215]

The onus rested on the debtor to show that the subject matter of the contract had not perished or been damaged as a result of his fault.[216]

If the debtor was in *mora* at the time the subject matter was destroyed or damaged, he was generally not released,[217] unless the *mora* had been purged, either by tender, waiver or release,[218] or he could show that it would have been destroyed or damaged anyway, even if delivered in time,[219] unless the creditor would have resold it and so passed on the risk.[220] These rules do not appear to be restricted to the doctrine of risk, but to be generally applicable to supervening impossibility of performance, though the institutional writers make no attempt to distinguish between the two doctrines. If the debtor's liability arose from fraud or violence, e g he had forcefully dispossessed the creditor of the *res*, it did not avail him to show that it would equally have perished in the creditor's possession; he was held absolutely liable.[221]

In all such cases where the debtor was not released by the supervening impossibility, he was obliged to pay the creditor damages and interest,[222] though Windscheid says that if the performance is possible but only with disproportionate sacrifices, the debtor would only be liable for the true value of the *res*, but not interest,[223] though often in such circumstances it releases the debtor.[224]

Where the liability existed, it was transmissible to the debtor's heirs[225] and sureties for the original obligation were liable for the substituted obligation.[226]

As in earlier times, the debtor was obliged to cede to the creditor any claims he had against others and to hand over all monies received in respect of the performance rendered impossible, such as insurance payments,[227]

---

[212]*ibid* 3 6 1 625; Windscheid § 2 & 4; Grotius *op cit* 3 47 1 & 2; Van Leeuwen's *Commentaries on Roman-Dutch Law* (translated by J G Kotzé, revised and edited by G W Decker (London 1886)) 2 4 14 3; *Huber op cit* 1 42 7.
[213]Pothier *op cit* 3 6 1 625.
[214]*ibid* 3 6 1 626; Windscheid *op cit* § 264 2 3 & 9; Van der Linden *op cit* 1 18 17; Van Leeuwen *op cit* 2 4 14 3.
[215]Pothier *op cit* 3 6 1 626.
[216]*ibid* 3 6 1 620.
[217]*ibid* 3 6 1 627; Grotius *op cit* 3 47 1 & 2. Huber *op cit* 1 42 7.
[218]Pothier *op cit* 3 6 1 627.
[219]*ibid* and Huber *op cit* 1 42 7.
[220]Pothier *op cit* 3 6 1 627.
[221]*ibid* and Huber *op cit* 1 42 7.
[222]Van der Linden *op cit* 1 18 7.
[223]*op cit* § 264 2(b).
[224]*ibid* § 264 2 4 & see supra.
[225]Pothier *op cit* 3 6 1 629.
[226]*ibid* and Van der Linden *op cit* 1 18 6; for the position where the surety, a co-debtor or a co-heir was guilty of fault of *mora*, see Pothier *op cit* 3 6 1 630, 1 & 2 respectively.
[227]Windscheid *op cit* § 264 6.

compensation received for property expropriated, and so on,[228] provided that the compensation is in respect of the very thing the debtor had to perform.[229] Nor does it matter whether his rights are acquired by operation of law or some special relationship[230]

Naturally, the supervening impossibility of performance did not operate to release the debtor if he had undertaken to bear the risk in any event.[231] Nor was he released where–

(a) the obligation was in the alternative, unless all alternatives were impossible;[232]

(b) the subject matter was indeterminate or unspecific,[233] and not part of a determinate set of things all of which had perished.[234] It must, however, be clear that the words are indeed restrictive in their effect and not merely demonstrative, if it is sought to show that it was indeed part of a determinate set of things which is now extinct.[235]

There remains one final question for me to consider before I conclude, and that is the question of re-imbursement of expenses. In England before the passing of the *Law Reform* (*Frustrated Contracts*) *Act* of 1943, if a contract was prematurely terminated by supervening impossibility of performance or frustration, the rule was that the loss lay where it fell. For example, in *Lumsden v Barton*,[236] one of the famous coronation cases, the defendant had agreed to provide a lunch as well as seats to view the coronation procession, and in pursuance of this obligation had incurred considerable expense when the procession was cancelled. Here the hirer had already made an advance payment in terms of the contract. The court refused to allow him to recover that payment. It seems equally clear from the cases that if no payment had been due under the contract at the date of its frustration, the court would not have allowed the party who had incurred the expense to recover it, in accordance with its "rights accrued" notion, which was an attempt to do "rough justice" between the parties.[237]

What would have been the position in Roman law? As Buckland points out[238] "this is in effect the harsh rule of the *condictio*, practically abandoned in modern Roman law by reason of its harshness and never applicable to the contract of hire. In cases of hire, the Roman law, where no performance had

---

[228]Pothier *op cit* 3 6 1 635; Windscheid *op cit* § 264 2 & 5; and the creditor had a corresponding obligation (Windscheid *op cit* § 264 2).

[229]Windscheid *op cit* § 264 2 & 5; thus a tenant can make no demand on the compensation the landlord receives for the destroyed premises, though he can if the landlord receives insurance for loss of rentals. The creditor may very well be able to bring a direct action in his own name anyway (Windscheid *op cit* § 264 2 & 5).

[230]*ibid* § 264 2 & 5.

[231]Pothier *op cit* 3 6 1 633.

[232]*ibid* 3 6 1 621; Windscheid *op cit* § 264 2 & 7; and see above.

[233]Pothier *op cit* 3 6 1 622; Windscheid *op cit* § 264 2 & 7; Van der Linden *op cit* 1 18 6 and 7; Grotius *op cit* 3 47 1 & 2; and see above.

[234]Pothier *op cit* 3 6 1 623.

[235]*ibid.*

[236]19 TLR 53 (KB 1902).

[237]See *Chandler v Webster* (1904) 1 KB 493 and Buckland "*Casus* and Frustration" 1294–5.

[238]*ibid* 1294. See eg *D* 19 2 9 1 and *ht* 33.

been possible, gave recovery and barred claim for future payments; where there had been performance, the right of recovery was made to turn, not on the date at which the payment was due, which seems arbitrary, but on the extent to which the service had been rendered. . . . " And, indeed, generally in contract the fact that both parties were released from further performance was not, for the Romans, any reason for failing to refund what had proved not to be due; quite the contrary. The *formula* in the claim for refund, in classical law, directed the *judex* to order payment of whatever, *ex fide bona,* ought to be paid. Although the *formula* had disappeared by the time of Justinian, the *judex* would be authorised to allow for expense incurred; but the general effect of the few texts on the subject is that the other party was not responsible for expense from which he had derived no profit unless the determination of the contract was due to his fault.[239]

The question does not appear to have been considered by most of the writers. In the only text which appears to be in point, Van Leeuwen[240] instances a hypothetical case where A has promised to suppy B for life with food and drink and has received the money from him for this and B whilst preparing to go to A dies. In such a case, according to Van Leeuwen, the money cannot be reclaimed from A, and even if the money had not yet been handed over to A, if the time has arrived when B might have come to A and he has not in any way been prevented from doing so by A nor has A refused him, than A may claim the money. He is here dealing with the principle that as the payment was made intentionally and not in error no *condictio* will lie for its recovery. The claim is made by A, presumably simply on the principle that the payment was due before B's death, very much on the lines of the "loss lies where it falls" principle of English law. There is no suggestion in the text that any expense has been incurred by A.

To sum up briefly, we have seen that the doctrine of impossibility of performance may very well have had its origins in the inability of the ancients to assess the value of the performance which was, or had become, impossible. We have also seen that the *stricti juris* rule of *casus* has been confused with the equitable rules of the *bonae fidei judicia* with the result that *casus* has been held to release not only the obligations it directly affects but the entire synallagmatic contract. These equitable rules can be and in fact have been applied to cases of "frustration" of contract, not only by the older writers named in this article, but in modern times by the laws of France and Germany, for example. Although I have not considered the modern cases at all adequately in this article, I feel the time has undoubtedly come in South Africa when we should ask ourselves whether we should follow suit.

As regards the question of re-imbursement for expenses incurred before the impossibility or frustrating event, whilst it may be possible to provide an equitable relief by building upon our Roman foundations, it seems more likely that we will have to seek inspiration in the laws of other countries which have faced the problem and adapted themselves to it, but that is a matter which will have to be considered in a later article. □

---

[239]Buckland "*Cassus* and Frustration" 1294. See eg *D* 19 2 9 1 and *ht* 33.
[240]*op cit* 2 4 3.

Aantekeninge

DIE BEWYS VAN BONI MORES

> "Dit skyn of die stadium van ontwikkeling bereik is waarin 'n late as onregmatige gedrag beskou kan word ook wanneer die omstandighede van die geval van so 'n aard is dat die late nie alleen morele verontwaardiging ontlok nie maar ook dat die regsoortuiging van die gemeenskap verlang dat die late as onregmatig beskou behoort te word en dat die gelede skade vergoed behoort te word deur die persoon wat nagelaat het om daadwerklik op te tree. Om te bepaal of daar onregmatigheid is, gaan dit, in 'n gegewe geval van late, dus nie oor die gebruiklike 'nalatigheid' van die *bonus paterfamilias* nie, maar oor die vraag of, na aanleiding van al die feite, daar 'n regsplig was om redelik op te tree"[1]

Met hierdie woorde het die appèlhof by monde van ar Rumpff die redelikheid as onregmatigheidskriterium, in ieder geval wat 'n late in die privaatreg aanbetref, herbevestig.[2] Die appèlhof verdien die hoogste lof vir die, met respek, suiwer siening dat 'n late, sonder dat 'n *factum praecedens* in die sin van 'n *commissio* aanwesig is, tot aanspreeklikheid kan lei.

Wat die materiële reg aanbetref, skyn die posisie dus nou duidelik te wees. Indien dit nie vasstaan dat 'n bepaalde handeling onregmatig is nie, wend die hof hom na die kriterium van objektiewe redelikheid vir 'n antwoord. Indien die regsgevoel van die gemeenskap daarvolgens sou verlang dat die handeling as onregmatig aangemerk moet word, is dit onregmatig.[3]

Die vraag ontstaan vervolgens hoe die *boni mores* bewysregtelik hanteer moet word. In sowel die privaatreg[4] as die strafreg[5] het ons howe reeds met 'n beroep op die *boni mores* bepaal of 'n handeling onregmatig is of nie. In geeneen van die gevalle wat bekend is, het die hof egter daarop ingegaan hoe die regsoortuiging van die gemeenskap deur die hof bepaal en hoe dit bewys moet word nie.

In die *Ewels*-saak[6] verklaar ar Rumpff dat "die regsoortuiging van die gemeenskap (moet) verlang dat die late as onregmatig beskou behoort te word" en dat ons die vraag moet beantwoord "na aanleiding van al die feite". Uit die verslag blyk dat die hof die regsoortuiging van die gemeenskap bepaal het deur die reeds bewese feite in ag te neem, daaruit geregver-

---

[1] *Die Minister van Polisie v John Alexander Ewels* 1975 3 SA 590 (A).

[2] *Sien Regal v African Superslate (Pty) Ltd* 1963 1 SA 102 (A); *Minister of Forestry v Quathlamba (Pty) Ltd* 1973 3 SA 69 (A).

[3] Dit gaan hier slegs om die *boni mores* as onregmatigheidskriterium by aanspreeklikheid *ex delicto* of strafregtelike verantwoordelikheid.

[4] Sien die sake van *Regal* en *Quathlamba* in noot 2 hierbo genoem.

[5] *S v Russel* 1967 3 SA 739 (A); *S v A* 1971 2 SA 293 (T); *S v Van Druten* (Streekhof van die Afdeling Transvaal, 12 November 1971, 1972 *THRHR* 59).

[6] supra noot 1.

digde afleidings gemaak het en van sekere statutêre bepalings kennis geneem het.[7] Ar Rumpff verklaar:

> "Klaarblyklik is dit onmoontlik om in die algemeen vas te stel wanneer so 'n regsplig sou ontstaan."

Dit is nog moeiliker, met respek, om vas te stel hoe 'n hof bepaal dat so 'n regsplig wel bestaan en hoe dit tot die hof se kennis kom.

Van der Merwe en Oliver[8] se standpunt strook met dié van die appèlhof waar die outeurs verklaar:

> "Die redelikheidsmaatstaf of sosiaaladekwaat, soos dit soms genoem word, is 'n objektiewe maatstaf. Hier word eenvoudig met die algemene regsgevoel van die gemeenskap gewerk. Sosiaaladekwaat of redelik is die handeling gevolglik as dit volgens die regsgevoel van die gemeenskap regmatig is."

Die outeurs maak die toegewing dat die "onregmatigheidskriterium 'n onvermydelike vae een is"[9] Uit die aard van hulle werk het hulle egter nie op die bewysregtelike aspek ingegaan nie.

Die één saak waar dit wel blyk dat die hof 'n definitiewe poging aangewend het om vas te stel wat die regsoortuiging van die gemeenskap in 'n besondere geval is, is *S v Van Druten*.[10] Strauss swaai die landdros groot lof toe omdat hy "waardevolle pionierswerk" gelewer het. Dat hierdie lof geregverdig is en dat die landdros die *boni mores* suiwer gepeil het, blyk uit die feit dat die wetgewer in a 3 van Wet 2 van 1975 (die Wet op Vrugafdrywing en Sterilisasie) sy *imprimatur* op die onderhawige beslissing geplaas het deur te bepaal dat vrugafdrywing onder omstandighede soortgelyk aan die van *S v Van Druten* regmatig is. Die vraag waarmee ons nou te doen het, is egter of die wyse waarop en die middels waarmee die landdros die *boni mores* bepaal het korrek is. Die hof het na artikels van ginekoloë, teoloë en sielkundiges verwys om te bepaal wat die regsoortuiging van die gemeenskap is. Getuienis wat hierdie standpunte onderskryf, is nie aangebied nie. Die getuienis wat wel aangebied is, het hoogstens gedien om te bewys dat die beskuldigde se handelinge *bona fide* was.

Die verwysing deur die landdros na die geskrifte van die voornoemde geleerdes word aangemerk as "stellings van gesaghebbendes". Dat die skrywers wel gesaghebbendes en deskundiges is, word nie betwyfel nie. Wat wel betwyfel moet word, is die hof se reg om d m v verwysing na die geskrifte kennis daarvan te neem sonder dat getuies geroep is om daaroor te getuig. In *R v Mofokeng*[11] het die hof na dele van 'n handboek verwys waaroor die deskundiges nie getuig het nie. Ar Stratford[12] laat hom as volg hieroor uit:

> "The opinion of this writer, or any writer on this subject or on any subject was not

---

[7]Die hof verwys hier oa na a 5 van Wet 7 van 1958. Dié prosedure word in strafsake deur a 251 van Wet 56 van 1955 en in siviele sake deur a 5 van Wet 25 van 1965 veroorloof.

[8]*Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (2e uitg 1970) 60.

[9]*ibid* 60.

[10]supra noot 5.

[11]1928 AD 132.

[12]supra 136.

and could not be evidence in the case. It is only permissible to read such opinions to a witness and to ask him whether he agrees or disagrees with it. If he does, the opinion becomes the evidence of the witness. If he does not, there is no evidence before the jury supporting the evidence of the witness."

Dat dieselfde reëls ook geld wanneer onregmatigheid strafregtelik of *ex delicto* bewys moet word, behoef seker geen betoog nie. Soos later aangetoon sal word, is die vraag net of die landdros nie op grond van 'n ander reël van hierdie feite kennis kon geneem het nie.

Wanneer onregmatigheid deur die staat of een van die partye in 'n geding beweer word, moet dit bewys word. Wat strafsake aanbetref geld die *dictum* van wn ar Davis[13]

"According to those cases, therefore the burden of proof, when the plea of self-defence is set up, is still on the Crown."

Dit beteken egter nie dat direkte getuienis dat die handeling in geskil onregmatig is nou aangevoer moet word nie. Wn ar Davis verklaar voorts as volg:

"This does not mean that when no evidence whatever has been led by either the Crown or the defence which goes to show, or from which it might reasonably be inferred, that the deed might have been committed in self-defence, that the Crown must negative a merely hypothetical possibility that it might have been so committed."

Waar dit by 'n regverdigingsgrond soos noodweer slegs gaan om uitgekristalliseerde redelikheid[14] volg dit dat ook in gevalle waar die redelikheid nog nie aldus uitgekristalliseer het nie daar eenselwigheid van beginsel voorhande is.

In die meeste sake[15] waar die hof buite die gevalle van uitgekristalliseerde redelikheid om moes bepaal of 'n late onregmatig is of nie skyn dit asof daar geen of baie weinig direkte getuienis oor die *boni mores* gelewer is.

Die verslae wat handel oor sake waar die *boni mores* ter sprake gekom het, openbaar nie veel feite waaruit die regsoortuiging van die gemeenskap geregverdiglik afgelei kan word nie. Die vraag ontstaan dus of die howe in hierdie gevalle judisiële kennis van dié feit geneem het. Uitsprake van ons howe wat oor judisiële kennisname handel,[16] skep met die eerste oogopslag die indruk dat hierdie wyse van bewyslewering 'n baie beperkte aanwendingsgebied het. Ons moet egter, met respek, met Schmidt saamstem dat "as dit voorkom asof die omvang van judisiële kennisname gering is, is dit bloot omdat kennisname grotendeels stilswyend geskied."[17]

Vir 'n hof om sy ore te sluit vir die regsoortuiging van sy gemeenskap "would be to contain the judiciary in an ivory tower without windows".[18]

---

[13] *R v Ndlovu* 1945 AD 369 381.
[14] *Wessels v Pretorius* 1974 3 SA 299 (NK).
[15] *S v Russel* supra.
[16] *S v A* supra; asook die sake van *Regal* en *Quathlamba* supra; *R v Tager* 1944 AD 339; *Rowe v Assistant Magistrate Pretoria* 1925 TPD 361.
[17] CHW Schmidt *Die Bewysreg* (1972) 142.
[18] *S v Bernardus* 1965 3 SA 287 (A) waar ar Holmes op 306 hierdie woorde mbt 'n hof se kennis van 'n Bantoe se gebruik van kieries besig.

Voorts word aan die hand gegee dat ons howe ook in baie gevalle onbewustelik judisiële kennis van die oortuiging van die gemeenskap in een of ander opsig neem. Indien 'n hof dus nou stilswyend of selfs onbewustelik judisiële kennis van die regsoortuiging van die gemeenskap neem, is dit nie vreemd aan ons reg nie. Ons howe pas dieselfde gebruik reeds baie jare op verskeie ander gebiede toe soos bv om te bepaal of 'n dader die perke van noodweer oorskry het, wanneer daar vir onregmatigheid getoets word,[19] of om te bepaal of 'n dader anders as die redelike man opgetree het, wanneer daar vir nalatigheid getoets word.[20] Geen hof het egter nog ooit erken dat hy dit so doen nie.

In die sake hierbo genoem,[21] kan ons dus aanvaar dat die regter/landdros, waar die relevante en toelaatbare getuienis te kort geskiet het, in der waarheid op sy eie regsgevoel teruggeval het en aanvaar het dat sy regsgevoel in ooreenstemming is met die regsgevoel van die gemeenskap. In die saak van *Russel*,[22] om 'n voorbeeld te noem, was daar immers geen bewysmateriaal voor die hof wat aangetoon het dat die gemeenskap se regsoortuiging sodanig was dat hulle verwag het dat die beskuldigde iets moes doen om die dood van die oorledene te verhoed nie. Die landdros se gevolgtrekking mbt die gemeenskap se regsoortuiging is gebaseer op sy stilswyende en selfs onbewuste kennisname van die regsoortuiging van die gemeenskap waarin hy daagliks beweeg. Hier mag aangevoer word dat dit 'n onseker regsnorm daarstel, maar die antwoord is dat ons hier met die mening van "alle redelik ingeligte mense in die samelewing"[23] te doen het wat niks vaer is as die sogenaamde "redelike man" waarmee ons howe daagliks by nalatigheid werk nie. Indien dit die geval was in die *Van Druten*-saak,[24] of indien die landdros die regsoortuiging van die gemeenskap vasgestel het deur na feite te verwys "which are capable of immediate and accurate demonstration by resort to sources of indisputable accuracy easily accessible to him,"[25] kan geen beswaar daarteen ingebring word nie. Dit skyn egter, met respek, of dit nie die geval was nie.

Sou daar diesulkes wees wat hierdie analise van die regter/landdros se denkproses as 'n fiksie bestempel, moet hulle aanvaar dat die enigste alternatief is dat die landdros/regter op grond van sy eie regsoortuiging tot 'n beslissing kom en dit dan as die regsoortuiging van die gemeenskap weergee. So 'n prosedure is egter moeilik bewysregtelik te verantwoord.

Ten slotte moet ons die situasie waar die landdros/regter twyfel oor wat die regsgevoel van die gemeenskap is van nader beskou. In 'n siviele saak sal die hof, wanneer hy twyfel of 'n bepaalde handeling onregmatig is, teen die party op wie die bewyslas rus om dit te bewys, beslis. In 'n strafsaak waar die

---

[19] *S v Van Wyk* 1967 1 SA 488 (A).
[20] *S v Motau* 1968 4 SA 670 (A).
[21] note 2 en 5.
[22] supra.
[23] r Hiemstra in *S v Mosala* 1968 3 SA 523 (T) 525F.
[24] supra.
[25] Morgan *Basic Problems on Evidence* vol 1 9 aangehaal deur CHW Schmidt a w 147 noot 63.

bewyslas, op enkele uitsonderings na, altyd op die staat rus, kan die hof indien hy twyfel het eenvoudig die beskuldigde vryspreek. Indien die hof dit egter noodsaaklik ag, in die belang van reg en geregtigheid, rus daar 'n plig op die hof om getuies te roep.[26] Hierdie getuienis sal aan al die gewone vereistes vir toelaatbaarheid moet voldoen.

A J VAN WYK
Justisie-opleiding

ADMIRALTY JURISDICTION

The recent decision of the appellate division in *Trivett & Co (Pty) Ltd v Wm Brandt's Sons & Co Ltd*[1a] has again brought the various problems in connection with South African admiralty jurisdiction into the limelight.

The question which the appellate division had to decide in this case was whether the several provincial and local divisions of the supreme court of South Africa are still colonial courts of admiralty with the jurisdiction conferred upon such courts by the British Colonial Courts of Admiralty Act 1890.[1] Section 2(1) of the Colonial Courts of Admiralty Act 1890 provides that every court of law in a *British*[2] possession, which is for the time being declared in pursuance of the act to be a court of admiralty, or which, if no such declaration is in force in the possession, has original unlimited civil jurisdiction in such possession, shall be a court of admiralty, with the jurisdiction mentioned in the act, and may for the purpose of that jurisdiction exercise all the powers which it possesses for the purpose of its other civil jurisdiction, and such court in reference to the jurisdiction conferred by the act is in the act referred to as a colonial court of admiralty. The point was raised that South Africa has become a Republic by virtue of the Republic of South Africa Constitution Act 32 of 1961, and has thus ceased to be a "British possession" within the meaning of the Colonial Courts of Admiralty Act 1890. The result is therefore, according to the argument, that there are no courts of admiralty in South Africa as envisaged by the Colonial Courts of Admiralty Act 1890.

No court of law in South Africa has been declared to be a colonial court of admiralty in terms of the Colonial Courts of Admiralty Act but, according to the appellate division, the four British colonies which became the Union of South Africa in 1910 were British possessions, with the result that every court of law which had unlimited civil jurisdiction in those colonies, became a colonial court of admiralty with the jurisdiction conferred by the 1890 act.[3] The appellate division also held that the Union of South Africa was a British possession within the meaning of that expression in section 2(1) of the 1890 act, and therefore that the several divisions of the supreme court of

---

[26]A 210 van Wet 56 van 1955 en *R v Hepworth* 1928 AD 265.
[1a]1975 3 SA 423 (A).
[1]53 & 54 Vict c 27.
[2]Italics supplied.
[3]At p 432 of the report.

the Union of South Africa became colonial courts of admiralty, since they were courts of law which had unlimited civil jurisdiction.[4] In the view of the appellate division it was common cause that the Colonial Courts of Admiralty Act 1890 was in force in the Union of South Africa immediately prior to the Republic of South Africa Constitution Act 1961.

In terms of section 107 of the Republic of South Africa Constitution Act 1961 all laws which were in force in any part of the Union of South Africa immediately prior to the inurement of the Constitution Act continue in force until repealed or amended. The appellate division held that this section is of wide import and clearly intended to include the Colonial Courts of Admiralty Act 1890, within its ambit.[5] The court made it clear that the 1890 act does not apply in the Republic of South Africa as a result of the intention of the British parliament; it is by the will of the South Africa parliament, as expressed in section 107 of the Constitution Act 1961 that it applies to the Republic. The British parliament never intended that the status and jurisdiction of colonial courts of admiralty be conferred on courts of law in any country other than a British possession.

If the words "every court of law in a British possession" in section 2(1) of the Colonial Courts of Admiralty Act 1890 are given their ordinary literal meaning, the extension of the 1890 act to the Republic would be meaningless and contrary to the intention of the South African parliament that all statutory institutions which operated in the Union immediately prior to the commencement of the Constitution Act, were to continue to operate in the Republic, including the colonial courts of admiralty under the provisions of the Colonial Courts of Admiralty Act 1890. It is therefore necessary, according to the appellate division, to modify the words of the 1890 act so that the words "every court of law in a British possession" in section 2(1) read, in its application to the Republic, "every court of law in the Republic". The conclusion is then that section 2(1) of the Colonial Courts of Admiralty Act 1890, as extended to the Republic by section 107 of the Republic of South Africa Constitution Act 1961, does operate to confer upon the several divisions of the supreme court of South Africa the status and jurisdiction of colonial courts of admiralty.[6]

The conclusion reached by the appellate division does not come as a surprise, since it has previously been maintained by writers and a provincial division of the supreme court that the Colonial Courts of Admiralty Act 1890 is still applicable in the Republic and that the act confers admiralty jurisdiction on the South African courts.[7] However, the appellate division did clarify the position as to which courts can sit as admiralty courts, viz all the divisions of the supreme court of South Africa and not only those which were in existence at the commencement of the 1890 act. The position of the

---

[4]At p 433 of the report.
[5]At p 434 of the report.
[6]At p 436 of the report.
[7]Bamford *The Law of Shipping and Carriage in South Africa* (2nd ed) 140; Booysen "Admiraliteitshowe in die Suid-Afrikaanse Reg" 1973 *THRHR* 241 256; *Tharros Shipping Corporation S A v Owner of the ship "Golden Ocean"* 1972 4 SA 316 (N) 321.

South-West Africa division of the supreme court remains doubtful, because it cannot categorically be stated that South-West Africa was a British possession before the commencement of the Constitution Act. If it was not, the 1890 act would never have applied to South-West Africa with the result that it could not have been retained by section 107 of the Constitution Act. The South-West Africa division has, however, admiralty jurisdiction in respect of the port and settlement of Walvis Bay, in view of the fact that Walvis Bay was annexed to the Cape Province in 1884 and still forms part of South Africa although it has been regarded as part of South-West Africa for administrative purposes.[8] Walvis Bay was thus a part of the Union of South Africa and a British territory within the meaning of the Colonial Courts of Admiralty Act 1890.[9]

At the moment the position is that there are two separate courts in South Africa with jurisdiction in regard to maritime matters. There are, on the one hand, the admiralty courts functioning in terms of the English act of 1890, and on the other hand the several divisions of the supreme court functioning in terms of the Supreme Court Act 1959.[10] The jurisdiction of the two courts, although not identical, is concurrent in certain respects and a litigant has generally a choice as to the court in which he wants to institute his action.[11] There are, however, important differences between the jurisdiction of the two courts. A litigant is bound by his choice of court and cannot avail himself of the jurisdiction of a court other than the one in which he has instituted his action. For instance, if a collision occurs between two foreign ships in a South African harbour and the one claims damages from the other, both courts will have jurisdiction to entertain the action. If the ship is arrested according to admiralty procedure - in this instance it must be kept in mind that the rules of court applicable are those which were in force at the commencement of the 1890 act under the Vice Admiralty Courts Act 1863[12] - the court adjudicating will be a colonial court of admiralty applying English admiralty law.[13] On the other hand, if the ship is arrested according to our common law, *ad confirmandam jurisdictionem*, the ordinary supreme court will have jurisdiction to try the case according to Roman-

---

[8]See s 1 of the Walfish Bay and St John's River Territories Annexation Act 35 of 1884 (Cape); s 1 of the South-West Africa Affairs Act 24 of 1922.

[9]The view that the South-West Africa division is a colonial court of admiralty in regard to Walvis Bay has been criticised on the ground that the 1890 act confers jurisdiction *on courts* rather than in respect of *geographical areas* - see Bamford "Admiralty Courts: A Short Reply" 1973 *THRHR* 450 452. This criticism cannot be sustained in the light of the decision of the appellate division under discussion.

[10]*Foss Launch & Tug Co v S V Commodore* 1943 NPD 27 29; *Crooks v Agricultural Co-operative Union* 1922 AD 423 428; Booysen *op cit* 249; This has actually been decided by our courts and is not a mere argument as has been suggested - see Bamford "Admiralty Courts: A Short Reply" 1973 *THRHR* 450 451.

[11]Booysen *op cit* 246 252.

[12]*Tharros Shipping Corporation v the "Golden Ocean"* supra 319.

[13]*Crooks v Agricultural Co-operative Union* supra 429. It may be argued that the court must apply English admiralty law as it was at 1890 - see Booysen *op cit* 254 and *Wm Brandt's Sons & Co v Waikiwi Shipping Co* 1973 4 SA 358 (N) 360. However, our courts have considered English judgments given after 1890 - see eg *W Dunn & Co v Assouan Steamship Co* 1921 NPD 33 35.

Dutch law[14] - the exception being the Cape Province where English law has been made applicable in all questions relating to maritime and shipping law in respect of which the supreme court has concurrent jurisdiction with the admiralty court.[15] In this case the litigant has therefore a choice between two courts and two different legal systems and he can select the one which will suit his cause better. If the hypothetical collision has occurred in foreign waters, the admiralty court will be the only court with jurisdiction in respect of the claim. The claimant cannot rely on this jurisdiction of the admiralty court if he originally instituted his action in the ordinary courts eg by arresting the ship according to the common law procedure *ad fundandam jurisdictionem*.[16] The ordinary supreme court will then give judgment against him.

The conflict between admiralty jurisdiction and the jurisdiction of the ordinary common law courts runs like a refrain through South African law and can be traced back to both Roman-Dutch law, which is the common law of South Africa, and English law, which has played a very significant role in maritime matters in South Africa. In England, the exercise of its admiralty jurisdiction resulted in a jurisdictional struggle between the admiralty court and the courts of common law but the problem was ultimately solved by legislation.[17] There also seems to have been a conflict in the Roman-Dutch law between the jurisdiction of the Dutch court of admiralty and that of the ordinary courts.[18] The Dutch court of admiralty dates back to the year 1597 when the provinces of Holland, Zeeland and Friesland formed a council of admiralty entrusted with the custody of the sea and everything coming from the sea and also with matters occurring at sea.[19] The jurisdiction of the Dutch court of admiralty was apparently very limited and seems to have been confined to matters such as piracy, all booty and prizes taken and brought in by vessels of war or by privateers fitted out under orders of the admiral, all crimes and delicts committed by such privateers,[20] certain duties payable[21] and a personal jurisdiction in respect of employees of the admiralty.[22]

---

[14]*Humber v Answald* 1912 AD 546 533–7.

[15]See s 1 of Cape Act 8 of 1879; Booysen *op cit* 246. It has been suggested that the Cape act also applies to the Orange Free State and South-West Africa by virtue of Ordinance 5 of 1902(0) and Proclamation 21 of 1919 (SWA) respectively - see Bamford "Admiralty Courts: A Short Reply" 1973 *THRHR* 450 and *The Law of Shipping and Carriage in South Africa* 4 n 18. This view cannot be accepted. Only s 2 of Act 8 of 1879 has been extended to the Orange Free State by s 1 of Ord 5 of 1902 and *not* s 1 which concerns maritime and shipping law. It is doubtful whether s 1 of the Cape Act of 1879 could have been applicable in South-West Africa, since the section applies only if the supreme court has concurrent jurisdiction with the vice admiralty court. Apparently there has never been an admiralty court in the territory.

[16]*Humber v Answald* supra 557.

[17]*Halsbury's Laws of England* (4th ed) vol 1 at 208 par 301 302.

[18]Van Bynkershoek *Quaestionum Juris Publici Libri Duo* 1 17 and 1 18; *Classics of International Law* (1930) vol 2 at 100 and 108.

[19]Simon van Leeuwen's *Commentaries on Roman-Dutch Law* ed by C W Decker (Kotze's translation) vol 1, 1 2 12 and vol 2, 5 10 9; Joannes van der Linden *Verhandeling over de Judicieele Practijcq of Form van Procedeeren* deel 1 (1794) 1 2 10.

[20]Van Bynkershoek *op cit* 1 17 at 100 and 1 18 at 108.

[21]Van Zurck *Codex Batavus* (1711) par 3 at 14; Willink *Publiekrechtelijke Geschillen in de*

Although the Roman-Dutch law is the applicable legal system in maritime matters arising in the ordinary South African courts, with the exception of those of the Cape Province,[23] it is doubtful whether the distinction between the jurisdiction of the admiralty and ordinary courts has ever become part of our law. The prize jurisdiction of the Dutch court of admiralty must be regarded as obsolete. Our ordinary courts have thus no common law prize jurisdiction. Prize jurisdiction in South Africa was originally exercised by the English vice admiralty courts[24] and later by the colonial courts of admiralty.[25] The Prize Jurisdiction Act 1968 will, when it becomes operative, give any ordinary provincial or local division of the supreme court of South Africa jurisdiction in prize proceedings.[26] The act defines prize as a ship or aircraft captured as prize *jure belli* and provides that prize proceedings must be adjudicated upon *mutatis mutandis* as if they were civil proceedings and that a court adjudicating upon such proceedings has, in addition to the powers it possesses by virtue of its ordinary civil jurisdiction, also the power to make any appropriate order it may deem fit.[27] The transfer of the prize jurisdiction from the admiralty courts to the ordinary courts will certainly give rise to problems. In both English and Roman-Dutch law the prize jurisdiction was exercised by a separate court with a demarcated jurisdiction. The ordinary courts are supposed to apply Roman-Dutch law while the South African prize courts have always applied English prize law in the first place and international law in the second place.[28] Originally the jurisdiction of the prize court was confined to captures made at sea and the court has refused to extend its jurisdiction to ships captured on land more than a hundred miles from the coast.[29] According to the new act the ordinary courts have jurisdiction in respect of such a capture and the question immediately arises as to which law is applicable - English prize law, international law or the Roman-Dutch law?

As far as the jurisdiction of the ordinary courts in civil maritime matters is concerned, it seems as if our courts have not attached any importance to any distinctions which might have existed in Holland in connection with the maritime jurisdiction of the different courts. In ascertaining the jurisdiction of our courts, the courts have applied the general principles observed by the different courts in Holland without making a distinction between them.[30] The jurisdiction of the ordinary courts in maritime matters is thus the same as in non-maritime matters.

Republiek Der Vereenigde Nederlanden (1893) proefschrift aan de Rijks-Universiteit te Leiden 94 ff.

[22]Van der Linden *op cit* 1 2 11.

[23]Bamford *The Law of Shipping and Carriage in South Africa* 2.

[24]Diemont "South African Prize Courts" 1941 *SALJ* 122 123.

[25]Diemont *op cit* 124 ff; s 2(3)(b) of the Colonial Courts of Admiralty Act 1890 (53 & 54 Vict c 27).

[26]See s 1 and 2 of the Prize Jurisdiction Act 3 of 1968.

[27]See s 1 and 3 of the Prize Jurisdiction Act 1968.

[28]See e g *In re Mashona* (1900) 17 SC 128 152; *Crooks v Agricultural Co-operative Union* supra 441.

[29]*The Anichab* 1922 1 AC 235 238.

[30]See e g *Humber v Answald* supra 555.

The most important difference between the jurisdiction of the ordinary courts and that of the admiralty courts is that the jurisdiction of the former is not "international" in character. This means either that the claimant must be an *incola* of the court or that the cause of action must have arisen within the territorial jurisdiction of the court and that there must be an attachment of the property of the defendant.[31] The ordinary supreme court has no jurisdiction in respect of two foreign ships if the cause of action arose in foreign waters.[32]

The South African Merchant Shipping Act 57 of 1951 contains important provisions relating to the powers and jurisdiction of the ordinary courts. According to section 2(1) of the act, "Supreme Court" means a division of the supreme court of South Africa or the high court of South-West Africa. Section 330(1) of the act provides specifically for the jurisdiction of superior courts in actions for salvage. It provides inter alia that any superior court has jurisdiction to decide upon any claim relating to salvage in the case of a ship registered in the Republic if the services in respect of which salvage is claimed were rendered outside the Republic and the territorial waters of the Republic. It seems as if the South African legislature has assigned the administration of the South African Merchant Shipping Act primarily to the ordinary courts while in England almost all proceedings by which any application is made under the various Merchant Shipping Acts are taken by the admiralty court.[33] This is surprising, especially in view of the fact that the South African act is almost entirely modelled on its English counterpart.[34]

As a result of the English character of the South African Merchant Shipping Act, our courts will tend to construe it in accordance with English law[35] rather than Roman-Dutch law. Strictly speaking, the act should be interpreted against the background of the Roman-Dutch law but logically it fits in better with the English legal system. The question is whether all proceedings under this act should not be assigned to the admiralty courts. Apparently, some of the provisions of this act are intended to have an effect on admiralty procedure. For instance, section 332 of the act provides that in the construction of any enactment which confers admiralty jurisdiction in respect of damage on any court, reference to damage shall be deemed to include reference to damage for loss of life or personal injury and proceedings in respect of such damages may be brought *in rem* or *in personam*.

This section is clearly intended to bring our admiralty jurisdiction up to date with modern trends. Our admiralty jurisdiction is stabilised as it existed in the high court of England at the passing of the Colonial Courts of

---

[31]See generally Herbstein and Van Winsen *The Civil Practice of the Superior Courts in South Africa* (2nd ed) 700 ff.

[32]*Humber v Answald* supra 555; *Ex parte Government of the USA: In re SS Union Carrier* 1950 1 SA 880 (C) 884.

[33]*Halsbury op cit* 214 par 309.

[34]See e g *S v Garis* 1965 1 SA 419 (E) 421.

[35]See e g *Osaka Mercantile Steamship Co v SAR & H* 1938 AD 146 174; *Wylock v Milford Investments* 1962 4 SA 298 (C) 304.

Admiralty Act 1890.[36] According to section 7 of The Admiralty Court Act 1861[37] the high court of admiralty has jurisdiction over any claim for damage done by any ship but it has been held by the house of lords that this section does not give jurisdiction *in rem* against a ship in an action based on loss of life and does not enable the admiralty court to arrest a ship in such action.[38] In the absence of section 332 of our Merchant Shipping Act, our admiralty courts would not have had any jurisdiction in respect of damages for loss of life and would have been out of step with most legal systems.

An extension of the admiralty jurisdiction of the high court in England does not apply to the colonial courts of admiralty. In England the static nature of the colonial courts of admiralty was remedied by the Administration of Justice Act 1956[39] which provides that the jurisdiction of a colonial court of admiralty can be changed from that of the high court as it was at 1890 to that of the high court as defined by the Administration of Justice Act 1956.[40] Except for the one or two provisions in the Merchant Shipping Act 57 of 1951,[41] the South African legislature has not brought our admiralty jurisdiction into line with modern needs.

The existence of English admiralty courts administering English admiralty law in South Africa has been called a anachronism by the appellate division.[42] This anachronism has been perpetuated by the Admiralty Jurisdiction Regulation Act 5 of 1972,[43] in the view of the appellate division, because the act merely transfers the existing Victorian powers and jurisdiction of the colonial courts of admiralty to the ordinary courts without modernising them. A further criticism against the 1972 act is that it does not specify the law which the ordinary courts will have to apply after the commencement of the act.

Previous suggestions that the South African admiralty courts must be abolished as relics of the past, have been criticised on the ground that the jurisdiction and law of the admiralty courts are international in character in the sense that foreigners are enabled to follow a ship into the South African courts. It has been said that the abolition of South Africa's admiralty jurisdiction would be a gross breach of our duties to the comity of maritime nations.[44] Despite the validity of this criticism, the fact remains that our admiralty jurisdiction is what the appellate division has rightly called an anachronism. It is essential that this jurisdiction be brought up to date with contemporary English law by following the example of the English Administration of Justice Act 1956. In view of the English character of our Merchant Shipping Act 1951 the application of this act should then be assigned to the

---

[36]Bamford *The Law of Shipping and Carriage in South Africa* 140; *Tharros Shipping Corporation v The "Golden Ocean"* supra 321.
[37]24 Vict c 10.
[38]Abbot on *Merchant Ships and Seamen* (13th ed) 1081 note r.
[39]4 & 5 Eliz 2 c 46.
[40]See s 56(2) of the Administration of Justice Act 1956.
[41]Also see eg s 306 which seems to include a South African admiralty court.
[42]*Trivett & Co v Wm Brandt's Sons & Co* supra 434.
[43]Which has not yet come into operation.
[44]Bamford *The Law of Shipping and Carriage in South Africa* 142.

admiralty courts. South Africa will then have two of the best legal systems - English admiralty law and Roman-Dutch law - side by side and a litigant could, in those cases in which the ordinary courts have concurrent jurisdiction with the admiralty courts, choose the one that will suit his cause the better.

H BOOYSEN
Universiteit van Suid-Afrika

IS EMANCIPATION OF BANTU WOMEN IN NATAL STILL NECESSARY?

The provisions of the code

A Bantu female in Natal is deemed a perpetual minor in law and has no independent powers (section 27(2) of Proclamation R 195 of 1967, ie the Natal Code of Bantu Law). She may, however, apply for emancipation in terms of section 28(1) of the code, which reads as follows:

> "Any unmarried female, widow or divorced woman, who is the owner of immovable property or who by virtue of good character, education, thrifty habits or any other good and sufficient reason is deemed fit to be emancipated may be freed from the control of her father or guardian by order of the Bantu Affairs Commissioner's Court and vested with the full powers of a kraalhead or with full rights of ownership in respect of any property she may have acquired and with full powers to contract or to sue or be sued in her own name. Any such widow or divorced woman may in the discretion of the court be given control over the property of her minor children."

The application must be made upon motion to the court of the Bantu Affairs Commissioner having jurisdiction and notice given to the applicant's father or guardian (section 28(2) of the code).

The case of Zondi v Zondi

The application of this provision has probably not given rise to serious problems in the past. There are very few reported cases. Stafford and Franklin (*Principles of Native Law and the Natal Code* (1950) 64) deal with only five cases and since then there has been, as far as I could ascertain, only one reported case in 1960. In 1973 another case served before the North-Eastern Bantu appeal court. It is the case of *Zondi v Zondi*. It is of more than passing interest and has already elicited comment, although it has not yet been reported. In an unpublished paper entitled *African Family Law and Research in South Africa Today: Prospects and Problems*, presented to the Afrika-Studiecentrum Seminar, "New Directions in African Family Law", held at Leiden, R S Suttner had, inter alia, this to say about the decision:

> "Near the end of 1973 the Bantu Appeal Court was asked to decide an appeal on an emancipation case and its effects seem rather obscure, but certainly less liberal than the practice .... Immediately afterwards, the Bantu Affairs Commissioner in Whitehead Building became more reluctant to grant emancipation and has resorted regularly to postponements, partial emancipations and various other devices besides the full emancipation that had previously been granted."

At the time when the application was heard the case law on emancipation was as follows:

(a) Only married females, widows and divorced women could apply for emancipation (*Masuku v Kunene* 1940 NAC 79).

(b) The Bantu Affairs Commissioner had a discretion to grant or refuse an application. The Bantu appeal court would only interfere on very good grounds being shown (*Thusi v Thusi* 1942 NAC 84).

(c) The application was a judicial matter, not an administrative one. The parties could agree in writing to jurisdiction being granted (section 10(3)(c) of the Bantu Administration Act 38 of 1927). It would appear that the application was usually granted where the father or guardian consented in writing (*Ex parte Maria Zondi* 1945 NAC 31).

(d) Even if the application was opposed by the father or guardian no order as to costs was made as a rule (*Zungu v Zungu* 1948 NAC 7).

(e) The mere failure by the respondent to support the applicant and her children was not good and sufficient reason for granting the application. Mismanagement by the guardian and wrongful disposal by him of estate property, or undue interference in the applicant's affairs, might be held a good and sufficient reason (*Camane v Camane* 1960 NAC (N E) 5).

In view of the peculiar significance of the Zondi case I shall first discuss it on its merits and conclude with some remarks on the question whether emancipation is not superseded by the present-day law.

The facts of the case were as follows: The applicant's husband died in 1966. She had four minor children. The age of the youngest indicated that it was an illegitimate child born after its father's death. She supported the children and had been managing her own affairs since her husband passed away. She had a savings account with the sum of R181,57 standing to her credit. She described herself as a person of sober habits and good character. Her guardian said in a replicating affidavit that he had no objection to the granting of the application. (Failure of the guardian to object is usually very favourable to the applications).

The Bantu Affairs Commissioner refused the application for reasons which were clearly wrong and which are not relevant for present purposes.

The new or, rather, more explicit case law added by the decision in *Zondi v Zondi* is, in my opinion, the following:

(a) The fact that the father or guardian consents to the application is not as important as one would infer from *Ex parte Maria Zondi* supra. In the judgment in *Zondi v Zondi* it is merely mentioned that the guardian had no objection. It is, with due respect, to be regretted that the court has not seen fit to analyse the significance of the non-objection. The father or guardian is after all the key figure in the woman's perpetual minority because as legal minor she is the ward of her father or guardian whatever her age may be. If he offers no resistance it is, in my opinion, tantamount to saying that he deems his ward fit to be emancipated.

(b) The basic legal premise is that women are perpetual minors, they are kraal inmates as distinct from kraal heads, they have no independent

powers. Emancipation is an exception. It is, therefore, a very important matter. Application should not be made in a cursory manner and it should not be granted lightly. In the words of Van der Merwe, permanent member, delivering the judgment of the court:

> "It affects the status of a Bantu female in the social structure in which she was born and brought up and it stands to reason that the well established principles of Bantu law cannot be lightly set aside."

It is true that the Natal Code of Bantu Law has more or less codified, or expressed in Roman-Dutch law parlance, the well known Bantu law principle that women are subject to perpetual tutelage. While she is unmarried she is subject to the guardianship of her father or kraal head, and when she is married to that of her husband. If she is divorced she returns to her father's kraal and is in the same position as her unmarried sisters. If she becomes a widow she falls under the guardianship of her eldest son.

The court's conclusion was, therefore, quite correct in so far as the law as propounded in the code is concerned. Law must, however, be interpreted and applied in the context of the society in which it operates. The question may, therefore, be posed: What is the present social structure in which this law operates, in which the applicant was born and brought up? It is quite possible that she was born and brought up in a social environment far removed from the one in which women are under perpetual tutelage. She might possibly never have seen the inside of a kraal. After her husband's death she probably never returned to his successor, her guardian's kraal, if he had one.

The question I wish to ask is whether the particular provision of the code is not somewhat unreal, viewed in the light of the fact that large Zulu cities have in the meantime sprung up where entirely different social norms and economic conditions prevail. Should this not be reflected in considering applications of this nature?

(c) The third new aspect added to the case law on the topic is that there must be a reason why the powers and privileges which the applicant seeks should be granted. Van der Merwe, permanent member, expressed himself as follows on this point:

> "By virtue of the circumstances affecting her position she should be required to exercise one or more of these powers. If there is no need to exercise any of those powers then there should be no need for such an order."

The powers referred to in Section 28(1) itself are the following:

(a) Freedom from guardianship and the powers of a kraal head.

(b) Full rights of ownership in respect of property she may have acquired, and with full power to contract or sue or be sued in her own name.

(c) Control over the property of her minor children.

In the present case the court had directed that any order made must strictly follow the wording of the section and any order which provides for any powers or privileges beyond that would be invalid. This directive is, with respect, quite correct. Section 28(1) must, however, be read with

section 42 which provides, probably *ex abundanti cautela*, that the powers and privileges of a kraal head may by order of a Bantu Affairs Commissioner's court be vested in a woman in accordance with the provisions of section 28.

On the necessity for emancipation

On the question as to whether emancipation is not out-dated I would like to refer to Seymour's contention on page 57 of *Bantu Law in South Africa* 3rd ed (1970) that section 28(1) applies only to unmarried women born of customary unions contracted under the code or to widows and divorced wives of such unions. He bases his contention on an earlier submission (*op cit* 44) (and I quote *in extenso*) –

> "that this provision of the Code regarding the perpetual tutelage of a woman is intended to, and can only, be applied to the girl child of a customary union, who herself may subsequently enter into a customary union; that the status of a child of a civil marriage, whether male or female, is governed by the law of the land, and not by the Code and that such a child becomes a major on reaching the age of 21 years; furthermore, that any woman, whether she be a major or minor at the time, who marries by civil rites without antenuptial contract, thereafter becomes a minor under common law, not in terms of the Code; and furthermore, that any woman who marries by civil rites with antenuptial contract excluding the marital power, is a major at common law; and that a woman who is the widow or divorcee of a civil marriage, is a major at common law unless and until she should subsequently alter her status by contracting a marriage according to civil or customary rites."

I agree whole-heartedly with this submission and I feel it is worth repeating here, because I gained the impression that it is a widely held belief that Bantu women in Natal are in status either minors or emancipated in in terms of section 28(1). The fact that a different law regulates the proprietory consequences of a civil marriage lends force to Seymour's submission. It is simply impossible to reconcile the status of a woman married by civil rites with the status of the female partner to a customary union. Also section 11(3) of the Bantu Administration Act 38 of 1927, envisages that as point of departure a Bantu's capacity applies only in relation to rights or obligations arising form Bantu law. Section 11(3)(b) relegates only female partners of a customary union to minority under the guardianship of the husband, if living with him.

In the meantime the legislature has made a uniform law on majority, viz the Age of Majority Act 57 of 1972. In terms of section one of that act all persons whether males or females become majors on attaining the age of 21 years. Although this act has not repealed nor amended the provisions of section 11(3) of Act 38 of 1927 nor of the provisions of the code it is submitted that these provisions must now be deemed to have been repealed in so far as they are inconsistent with the new act. It is true that the legislature does not necessarily intend, when passing a statute, to repeal or alter earlier statutes (cf Steyn *Die Uitleg van Wette* 4th ed 105). But this presumption is rebuttable. If the provisions of a later act are so inconsistent with, or repugnant to those of an earlier act that the two cannot stand together, the earlier stands implicitly repealed by the latter.

The legislature has apparently foreseen the fact that Bantu females in Natal will become of age as a result of the Age of Majority Act 1972. Section

22*ter* of Act 38 of 1927, as inserted by section 2 of Act 23 of 1972 (regulating consent to marriage of Bantu females) refers to a Bantu female in the province of Natal who is of *age*. In terms of the code a Bantu female in Natal never becomes of age. If the legislature did not intend to change the status quo by enacting the Age of Majority Act 1972 it should have said so more clearly.

Majority alone on attaining the age of 21 years does not, of course, elevate a woman (or a man) to the status of kraalhead. A woman who wishes to function as kraalhead in the traditional setting would still have to apply for emancipation under section 28(1) of the code.

J C BEKKER
University of Zululand

The law is very much the esoteric business of lawyers. It is neither easily accessible nor easy to understand when found. It is resistant to change: encapsulated in the forensic process, jealously guarded by those tireless workers in the legal hive, the teachers and the practitioners, it can have no greater sensitivity to the winds, let alone the gentle breezes, of change than have the judges and the profession who administer it; and it is no criticism of the legal profession to comment that, faced with the choice between certainty and flexibility, most of them will choose certainty, upholding the established rule; even if it be shown to operate harshly or even unjustly: for their practice and experience will have demonstrated the inestimable value to clients, litigants, and (I would add) students also, of certainty in the law.

Leslie Scarman, *The Hamlyn Lectures (26th series) – English Law – The New Dimension 7*

Undoubtedly a more positive approach is now called for from the law to the problems of daily life, if only because a more positive contribution in terms of money and administrative help is called for from the government. It is no longer sufficient for the law to provide a framework of freedom in which men, women and children may work out their own destinies: social justice, as our society now understands the term, requires the law to be loaded in favour of the weak and the exposed, to provide them with financial and other support, and with access to courts, tribunals, and other administrative agencies where their rights can be enforced.

Leslie Scarman, *The Hamlyn Lectures (26th series) – English Law – The New Dimension*

Vonnisse

DIE STAAT v PLEDGER 1975 2 SA 244 (OK)

Jeugdige oortreders – Lyfstraf – Art 345(1) van Wet 56 van 1955 – Verwys ouderdom na datum van oortreding of datum van skuldigbevinding

In die onderhawige saak is die beskuldigde deur 'n streekhof skuldig bevind aan oortreding van artikel 2(a) van Wet 41 van 1971 deurdat hy in verbode afhanklikheidsvormende medisyne, te wete LSD-pille, handel gedryf het en is die minimum voorgeskrewe vonnis van 5 jaar gevangenisstraf opgelê. Uit die gegewens blyk dat die beskuldigde 14 dae voor sy skuldigbevinding die ouderdom van 21 jaar bereik het en dat die oortreding enkele maande voor bereiking van sy 21ste verjaarsdag gepleeg is.

In hoër beroep was die pertinente vraag vir beslissing of die beskuldigde, nieteenstaande die feit dat hy by skuldigbevinding reeds ouer as 21 jaar was maar tydens pleging van die misdaad onder die ouderdom, nogtans gevonnis kon word tot "jeugdige lyfstraf" ingevolge artikel 345 van die Strafproseswet 56 van 1955. Die hof beslis ten aansien van die bewoording van artikel 345 van die Strafproseswet, dat die ouderdom van 21 jaar aldaar genoem, verwys na die tydstip van pleging van die misdaad en dus is die beskuldigde ". . . entitled to the discretionary punishment embodied in sec 345 of the Code." (250C). Bygevolg stel die hof die opgelegde straf ter syde en vervang dit met 'n vonnis van 5 houe met 'n ligte rottang.

Die doel van hierdie bespreking is om te besin oor die korrektheid van die beslissing omdat artikel 345 van die Strafproseswet daagliks in veral ons laerhowe aanwending vind.

Artikel 345(1) bepaal:

> "Indien 'n manspersoon van nie bo die ouderdom van een-en-twintig jaar nie aan 'n misdryf skuldig bevind word, kan die hof waarvoor hy skuldig bevind word, so iemand vonnis om in die plek van enige ander straf en in die geval van sowel 'n eerste as 'n latere skuldigbevinding, as 'n tugmaatreël 'n matige lyfstraf van hoogstens tien houe in afsondering te ondergaan, watter lyfstraf deur die persoon en in die plek en met die instrument toegedien word wat die hof aanwys. Die ouer of voog van eersbedoelde persoon is geregtig om aanwesig te wees."

Appèlregter Centlivres sien die doelstellings van die ooreenstemmende bepaling in die 1917-Strafproseswet (artikel 353 Wet 31 van 1917) in *Ex parte Minister of Justice: in re Rex v Mayer* 1943 AD 389 391 soos volg:

> "One was to enable a court in a suitable case to sentence a youthful offender to a whipping instead of to imprisonment, or instead of passing a sentence which might result in imprisonment, such as a sentence of a fine and in default of payment thereof imprisonment. In the absence of such an enabling provision there would have been cases where whipping would not have been a competent sentence, either because

> the offence, being a statutory offence, was not punishable by means of a whipping or the court itself had no jurisdiction to impose a sentence of whipping . . . Another object which the Legislature had in view was to give the court, even in cases where whipping is a competent punishment, a discretion whether to order a moderate correction in terms of sec 353 or to order a whipping in the ordinary course."

Die hoofoogmerk van die bepaling is ongetwyfeld om jeugdige manlike oortreders uit 'n gevangenis te hou. Op die vraag wie almal jeugdige oortreders is, gee die Strafproseswet die antwoord. Dit is naamlik beskuldigdes onder die ouderdom van 18 jaar (artikel 159 en subarts (1) en (2) van artikel 342) asook 'n persoon bo dié ouderdom maar onder die ouderdom van 21 jaar (subart (3) van artikel 342) en verder manlike kinders onder die ouderdom van 21 jaar (artikel 345).

Die vraag wat hieruit voortvloei en wat die hof van appèl in die saak onder bespreking ook moes beantwoord, is dit: het die onderskeie ouderdomme vermeld in hierdie artikels betrekking op die datum van skuldigbevinding of op die datum van pleging van die ten laste gelegde misdryf? Artikel 159 bepaal: "Indien dit gedurende die verhoor . . . van iemand onder die ouderdom van agtien jaar wat van enige misdryf . . . aangekla word . . . blyk . . ." Daar kan weinig twyfel bestaan dat die ouderdom van 18 jaar na die verhoorstadium verwys want dit kon tog nooit die bedoeling van die wetgewer gewees het dat daar met 'n persoon wat onder die ouderdom van 18 jaar was toe hy die misdryf gepleeg het maar eers baie jare daarna daarvan aangekla word, gehandel word ingevolge artikel 159 nie! Artikel 342(1) bepaal: "'n Hof waarin iemand onder die ouderdom van agtien jaar . . . skuldig bevind word, kan, in plaas van hom 'n straf . . . op te lê" sodanige persoon oa na 'n verbeteringskool verwys. Subartikel (2) van die artikel lui: "'n Hof wat iemand onder die ouderdom van agtien jaar tot 'n boete of lyfstraf veroordeel", kan met hom handel soos voorgeskryf in subartikel (1). Subartikel (3) van die artikel bepaal dat "'n Hof waarin iemand bo die ouderdom van agtien jaar maar onder die ouderdom van een-en-twintig jaar . . . skuldig bevind word" sodanige veroordeelde oa na 'n verbeteringskool kan stuur in stede van hom 'n straf op te lê. Die tydstip waarop ouderdom vir doeleindes van dié artikel 'n rol speel, is baie duidelik die datum van skuldigbevinding en *nie* die datum waarop die ten laste gelegde misdryf gepleeg is nie.

Alvorens artikel 345 nader ondersoek word, moet enkele ander bepalings van die Strafproseswet waar ouderdom ook ter sprake is, in oënskou geneem word, naamlik artikels 330(1), 334ter, 334quat en 335. Artikel 330(1) bepaal dat by 'n skuldigbevinding aan moord die doodvonnis opgelê moet word met die voorbehoud "dat wanneer iemand onder die ouderdom van agtien jaar skuldig bevind word . . . die hof 'n ander vonnis as die doodvonnis kan oplê." In *R v Rainers* 1961 1 SA 460(A) beslis die appèlhof dat

> "die verwysing na 'n veroordeelde se ouderdom in die uitdrukking 'wanneer iemand onder die ouderdom van agtien jaar aan moord skuldig bevind word' in die voorbehoudsbepaling by art 330(1), uitgelê moet word as 'n verwysing na so iemand se ouderdom op die datum van pleging van die ten laste gelegde moord, en nie op die datum van so iemand se skuldigbevinding daaraan nie."

Artikels 334ter, 334quat en 335 handel onderskeidelik oor die oplegging van gevangenisstraf vir korrektiewe opleiding, gevangenisstraf ter voorkoming

van misdaad en die verklaring van sekere persone tot gewoontemisdadigers. In elk van die artikels is daar voorsiening dat die voorgeskrewe straf nie opgelê mag word "op iemand onder die ouderdom van agtien jaar" nie. (Kyk a 334ter(3)(a); 334quat(3)(a) en 335(3)(a)). In *S v Hlope* 1971 2 SA 107(T) 109H lê die hof artikel 334ter(3)(a) so uit:

> "Aangesien die bepalings van art 334ter(3)(a) te make het met die gebrek en beperkings van die jeug op die datum van die pleging van die misdaad, word die ouderdom van 18 jaar daarin genoem, op die gesag van die gewysdes wat ek aangehaal het, uitgelê as die ouderdom op die datum van die pleging van die misdaad."

Dié uitleg van artikel 334ter(3)(a) is gevolg in *S v Abrahams* 1973 3 SA 29(K).

'n Analise van bogemelde beslissings asook *R v Vos*; *R v Weller* 1961 2 SA 743(A) waarna verwys word in die beslissing onder bespreking (op bl 248B-C) toon dat dit gefundeer is op twee reëls van uitleg, naamlik (1) die vermoede dat die wetgewer die gemene reg so min moontlik wou wysig en (2) die vermoede teen retrospektiwiteit van 'n materieelregtelike wetsvoorskrif. Die twee vermoedens word kernagtig en met verwysing na gesag in *R v Mazibuko* 1958 4 SA 353(A) behandel en weer met goedkeuring aangehaal in *R v Rainers* (supra). Wat die eerste beginsel betref, wys ar Botha in die *Rainers*-saak daarop dat wat moord betref die gemene reg reeds die bevoegdheid van 'n hof erken het om 'n ander straf as die doodvonnis op te lê in die geval van 'n jeugdige en, gaan die regter voort, dat hierdie bevoegdheid gebaseer is op die beperkings en gebrek van die jeug en daarom op die ouderdom van die aangeklaagde slaan ten tye van die pleging van die misdaad (bl 464A-B). Daarom, as die sinsnede "onder die ouderdom van agtien jaar" in artikel 330(1) uitgelê word as 'n verwysing na die veroordeelde se ouderdom by skuldigbevinding, sou dit 'n wysiging van die gemene reg meebring wat volgens ar Botha nie te geregverdig is nie.

R v Mazibuko (supra) gaan welliswaar nie om die ouderdom van die aangeklaagde nie dog illustreer die vermoede teen retrospektiwiteit van materieelregtelike regsvoorskrifte. Sover dit straf aangaan, is die uitwerking van die vermoede dat 'n beskuldigde slegs die straf opgelê mag word wat hy opgeloop het by pleging van die misdaad waaraan hy skuldig bevind word en nie die verhoogde of veranderde straf wat bestaan by skuldigbevinding ingeval die straf sedert pleging van die misdaad verhoog of verander het nie. Ar Steyn formuleer die vermoede so: (356H)

> "Daarom moet by die bepaling van die straf vir 'n begane oortreding daarop gelet word welke straf in die tyd toe die oortreding begaan was, in die wette bepaal was, want eintlik het die misdadiger hom slegs die straf op die hals gehaal, en nie die straf wat eers later, al is dit dan nog voor die end van die ondersoek, deur 'n nuwe wet ingevoer is nie."

Hy vervolg (357E):

> "Hoewel ons strafwette veelal lui dat die oortreder by skuldigbevinding binne die perke van 'n aangewese maksimum strafbaar sal wees, is dit nie die skuldigbevinding nie maar die misdryf waaruit bedoelde strafbaarheid ontstaan. Sodra die misdryf gepleeg is, is die dader aanspreeklik nie slegs vir die sivielregtelike gevolge van sy daad nie maar ook vir die strafregtelike. Hy word onmiddellik aanspreeklik vir 'n straf binne die perke van die strafsoort of strafsoorte waarmee sy daad alsdan beteuel

word. Daardie aanspreeklikheid duur voort totdat die ooreenstemmende reg van vervolging . . . verjaar het, en die aanspreeklikheid daarmee verval."

Na aanleiding van die tweede vermoede ontstaan die vraag welke straf 'n persoon oploop wat moord pleeg wanneer hy onder die ouderdom van 18 jaar is. Ar Botha verskaf die antwoord in die *Rainers*-saak (465G):

"Waar iemand onder die ouderdom van agtien jaar moord pleeg, is hy nie onmiddellik met die dood alleen strafbaar nie, want weens sy ouderdom is die oplegging van die doodstraf, luidens die voorbehoudsbepaling by artikel 330(1), aan hom nie verpligtend nie."

Watter straf loop 'n persoon onder die ouderdom van 18 op as hy 'n misdryf pleeg waarvoor die strafsoort korrektiewe opleiding ingevolge artikel 334ter(2) of gevangenisstraf ter voorkoming van misdaad ingevolge artikel 334quat(2) of verklaring tot gewoontemisdadiger ingevolge artikel 335(2) verpligtend is? Nie een van gemelde strawwe kan hom opgelê word nie want telkens verbied subartikel (3)(a) van die onderskeie artikels die oplegging van die strafsoorte aan 'n persoon onder die ouderdom van agtien jaar. Die beslissings in die *Mazibuko-, Rainers-, Vos- en Weller*-saak moet daarom heelhartig onderskryf word.

Om terug te keer na die saak onder bespreking: welke straf loop 'n jeugdige onder 21 jaar op by oortreding van die bepalings van Wet 41 van 1971? Ongetwyfeld dié genoem in die wet self, maar loop hy nie ook die strawwe op waarna o a artikels 342 en veral 345 van die Strafproseswet vert wys nie? Om die vraag te beantwoord, moet weer op ander bepalings geleword. Daar sal opgemerk word dat artikel 330(1) van die Strafproseswet die straf vir moord voorskryf; dat artikel 334ter(2), 334quat(2) en 335(2) die straf voorskryf vir herhaalde oortreding van voorgeskrewe misdrywe. Let daarop dat artikel 334ter(1), 334quat(1) en 335(1) nie besondere strawwe voorskryf nie maar slegs die oplegging van die onderskeie strafsoorte *magtig* "in die plek van enige ander straf." Artikel 342 van die Strafproseswet skryf geen straf vir 'n besondere oortreding voor nie: dit magtig slegs die hof om "in plaas van hom (die veroordeelde) 'n straf vir bedoelde misdryf op te lê (subartikel (1)) met hom te handel soos voorgeskryf; of om "benewens daardie straf op te lê" – en dit verwys na die straf voorgeskryf deur die besondere bepaling waaraan die beskuldigde skuldig bevind is – met hom te handel soos voorgeskryf (subartikel (2)); of "in plaas van hom 'n straf op te lê" (subartikel (3)) met hom te handel soos voorgeskryf. Insgelyks skryf artikel 345 van die Strafproseswet geen straf voor vir die oortreding van 'n besondere misdryf nie; dit magtig bloot die hof om met iemand daarvolgens te handel "in die plek van enige ander straf." Artikel 345 magtig dus slegs dat 'n *ander vorm van straf* opgelê word as dié voorgeskryf deur die regsvoorskrif wat oortree is. Daarom loop 'n jeugdige onder die ouderdom van 21 jaar slegs die strawwe op by oortreding van 'n bepaling van Wet 41 van 1971 wat daardie wet self voorskryf.

Die regter fouteer in die saak onder bespreking deurdat hy na analogie van die *Mazibuko-, Rainers-, Vos-* en *Weller*-saak (supra) bevind dat 'n jeugdige onder die ouderdom van 21 jaar wat artikel 2(a) van Wet 41 van 1971 oortree ook die straf oploop waarvoor artikel 345 van die Strafproseswet voorsiening maak. Soos hierbo aangetoon, is dit nie so nie en daarom hoef

die sinsnede "[i]ndien 'n manspersoon van nie bo die ouderdom van een-en-twintig jaar nie aan 'n misdryf skuldig bevind word" nie so uitgelê te word dat die ouderdom van 21 jaar na die datum van pleging van die misdryf verwys nie. In die lig van die oogmerk met die bepaling soos uiteengesit in *Ex Parte Minister of Justice: in re Rex v Mayer* (supra), naamlik om jeugdige oortreders uit die gevangenis te hou, asook die ander bepalings van die Strafproseswet wat met jeugdiges handel o a artikel 342 en die reël van uitleg waarvolgens woorde in hul gewone betekenis verstaan moet word (Steyn *Die Uitleg van Wette* (4e uitg 4)) dan blyk dit baie duidelik dat die tydstip waarop ouderdom 'n rol speel by artikel 345 die oomblik van skuldigbevinding is.

Daar is bowendien direkte gesag wat die voorgestane interpretasie steun. In *R v Wilson and Moetu* (1923 TPD 307) lê 'n landdros lyfstraf op ingevolge artikel 353 van Wet 31 van 1917 (die voorganger van ons huidige artikel 345). Die beskuldigde het reeds die voorgeskrewe ouderdom van 16 jaar bereik. (Artikel 64 van Wet 46 van 1935 het die ouderdom opgeskuif na 21 jaar.) Op hersiening beslis die hof:

> "The result is that the magistrate had no power in this case to sentence this young native to a whipping at all, because the statute under which he was convicted did not authorise a whipping and the substituted punishment was not applicable to a child over the age of sixteen. It was an illegal sentence . . ."

Die volgende aanhaling uit die *Mayer*-saak (supra 391) is net so duidelik:

> "It will be noticed that this section [a 353 Wet 31 van 1917] . . . gives the court convicting a male person not exceeding the age of 21 years a discretionary power in regard to the punishment to be inflicted."

Minstens by implikasie word die voorgestane uitleg in die volgende beslissings aan artikel 345 gegee. In *S v Dhlamini* 1968 3 SA 417(N) 418F beslis die hof:

> "The section of the act provides that a person not exceeding the age of 21 years may be sentenced to a moderate correction of whipping in lieu of any other punishment."

In *S v Kukarie* 1972 2 SA 907(O) 913B lui die vertolking so:

> "Art 345 is 'n artikel wat spesiaal bepaal dat in die geval van 'n manlike persoon onder die ouderdom van 21 jaar lyfstraf soos daarin bepaal in die plek van enige ander straf hoegenaamd en weens enige misdryf opgelê kan word."

Regter Miller se vertolking in *S v Roy* 1974 1 SA 386(N) 387E lui so:

> "Sub-section (1) of section 345 empowers the court which convicts any male person of an age not exceeding 21 years to impose in lieu of any other punishment a sentence . . . of whipping . . ."

In laaste instansie kan ook gelet word op die reël van uitleg bekend as *subsecuta observatio* wat Steyn a w 162 bespreek. Sedert 1917 is artikel 353 van die destydse Strafproseswet en sedert 1955 artikel 245 van die huidige Strafproseswet deur ons strafhowe so uitgelê dat die ouderdom in die artikels genoem, verwys na die ouderdom by skuldigbevinding en nie tydens pleging van die misdaad nie. Dit op sigself is genoegsame rede om voort te gaan met so 'n uitleg van die artikel.

Derhalwe word aan die hand gedoen dat die uitleg gegee aan artikel 345 van die Strafproseswet in die saak onder bespreking foutief is en dat die ouderom van 21 jaar wat die artikel meld, behoort te verwys na die ouderdom by skuldigbevinding.

C H BADENHORST
Senior Staat-regsadviseur, Pretoria

S v BODIBANA 1975 3 SA 71 (T)

Uitleg van artikel 4A(1) van Wet 41 van 1971 - Bepaling of 'n erkenning van verbouing van dagga 'n bekentenis uitmaak

Volgens die getuienis van 'n polisiekonstabel het die appellant aan hom dertien daggaplantjies gaan uitwys en verklaar dat sy dit vir haar man skoffel. Dié verklaring kom neer op 'n erkenning dat sy 'n handeling verrig het in verband met die verbouing van dagga en derhalwe dat sy daarin handel gedryf het (sien die woordomskrywing van *handeldryf* in a 1 van Wet 41 van 1971, hierna die Daggawet genoem).

'n Sodanige onomwonde erkenning van skuld wat alle moontlike verwere uitsluit, sou na aanleiding van *S v Mhlangu* 1972 3 SA 679 (N) as 'n ontoelaatbare bekentenis na luid van a 244(1) van Wet 56 van 1955 beskou kon word. Sedert die gemelde beslissing, is artikel 4A egter by die Daggawet ingevoeg. Hiermee is die posisie soos vervat in *R v Xulu* 1956 2 SA 288 (A) herstel sodat die blote erkenning van besit van, of handeldryf in dagga, nie meer 'n bekentenis uitmaak nie, juis omdat die moontlike verweer van 'n ministeriële permit vir navorsingsdoeleindes, nie uitgesluit is nie.

Op die kernvraag of 'n permit ingevolge a 4A beskikbaar is vir die verbouing van dagga, stel regter Hiemstra die *ratio decidendi* soos volg:

> "We consider, however, that on an analysis of Section 4 A(1) the statement is indeed a confession.
> "In the sub-section it appears that the permit can only be an authorisation to 'possess, use, import or export.' The accused stated that all she did was to 'skoffel' the dagga. It does not seem as if a permit can exist for the mere action of weeding (skoffel)."

Dit val te betwyfel of hierdie uitleg ondersteun kan word in die lig van die bewoording van artikel 4A(1) waarvan die relevante gedeeltes soos volg lui:

> "Ondanks andersluidende bepalings . . . kan die Minister . . . enige persoon skriftelik magtig om, vir doeleindes van navorsing . . ., enige plant aldus bepaal waaruit enige afhanklikheidsvormende medisyne vervaardig kan word, te besit, te gebruik, in te voer of uit te voer *of om vir sodanige doeleindes enige handeling aldus bepaal met betrekking tot sodanige medisyne of plant te verrig*" (ek kursiveer).

(Verderaan word gerieflikheidshalwe slegs na "dagga" verwys.)

Daar word aan die hand gedoen dat die artikel so uitgelê moet word dat dit die minister magtig om, volgens sy diskresie, 'n permit vir navorsingsdoeleindes aan enige persoon ter verrigting van enige handeling uit te reik. Hierdie betoog is gegrond op die volgende beginsels van wetsuitleg soos vervat in die werk van L C Steyn *Die Uitleg van Wette* (4e uitgawe).

(a) Aan elke woord moet 'n betekenis toegeskryf word. (Sien *R v Herman* 1937 AD 168.) Ten spyte van hierdie "eerste reël" van wetsuitleg wil dit uit die gerapporteerde uitspraak voorkom asof geen betekenis aan die gekursiveerde deel van die artikel, supra, geheg is nie.

(b) Die gewone betekenis van die woorde dui daarop dat behalwe besit, gebruik, invoer en uitvoer, ook *enige handeling* in die permit omskryf vir navorsingsdoeleindes met betrekking tot die dagga gemagtig kan word. (Vir die beginsel sien bv *Union Government v Mack* 1917 AD 731.) Hierdie vertolking word bevestig deur (1) die Engelse teks (sien *R v Silinga* 1957 3 SA 354 (A)) en (2) die opskrif van die artikel (sien *R v Duma* 1959 4 SA 696 (N)).

(c) Die algemene woorde "enige handeling" moet algemeen uitgelê word. (Sien *Venter v R* 1907 TS 910.) Hiervolgens kan die minister sonder beperking enige handeling met betrekking tot dagga vir navorsingsdoeleindes magtig aangesien daar geen aanduiding van 'n restriktiewe uitleg in die artikel te vinde is nie.

Daar word ter oorweging gegee dat die *species* besit, gebruik, invoer of uitvoer geen duidelike *genus* vorm, waartoe die betekenis van "enige handeling" beperk moet word volgens die *eiusdem generis*-reël nie. (Sien *Alli v Pretoria Municipal Council* 1908 TS 1120.)

(d) Die bedoeling van die wetgewer soos blyk uit die gewone betekenis van die woorde, is onteenseglik om permitte vir navorsingsdoeleindes in die diskresie van die minister aan enige persoon beskikbaar te stel. Die absolute verbod op die besit van en handeldryf in dagga word gevolglik opgehef. Hoewel besit van of handeldryf in dagga nouliks as 'n voordeel vir die onderdaan beskou kan word, sal die navorsingsmoontlikheid definitief die artikel uit die kader van 'n verswarende bepaling lig. Die vermoede dat verswarende bepalings op die voordeligste wyse vir die onderdaan uitgelê moet word, is derhalwe nie van toepassing nie. Ofskoon a 4A indirek strafbepalings in werking kan stel, deurdat 'n ontoelaatbare bekentenis nou 'n toelaatbare verklaring word, soos in die onderhawige gewysde, word betoog dat die bepaling oorheersend tot voordeel van die onderdaan strek. Maar selfs al word die artikel op hierdie indirekte wyse as 'n verswarende bepaling beskou, laat die helderheid oor die bedoeling van die wetgewer volgens die letterlike uitleg geen ruimte vir aanwending van 'n beperkte uitleg nie. (Sien *R v Silisane* 1959 2 SA 448(A)).

(e) Aangesien die artikel 'n begunstigende bepaling bevat, volgens die bedoeling van die wetgewer, om 'n absolute verbod op te hef, moet die wydste uitleg wat die voordeligste vir die onderdaan is, aangeneem word. (Sien *Goddard v Registrar of Deeds, King Williamstown, and Colonial Government* (1908) 25 SC 207.) Die vermoede is derhalwe dat die onderdaan vir doeleindes van navorsing 'n permit om enige handeling in verband met dagga te verrig, kan kry en nie slegs vir besit, gebruik, invoer en uitvoer van dagga nie. Dit sou ook snaaks opval as die wetgewer navorsing wou beperk tot besit, gebruik, invoer en uitvoer van dagga, terwyl verbouing en vervaardiging daarvan 'n uitmuntende veld vir navorsing bied.

Volgens die uitleg van a 4A wat hier voorgestaan word en die omskrywing van 'n bekentenis in *R v Xulu* 1956 2 SA 288 (A) moes die verklaring van die appellant aan die polisiekonstabel bygevolg toelaatbaar gewees het, omdat dit nie die verweer van 'n moontlike permit vir navorsingsdoeleindes (hoe vergesog ook al) uitgesluit het nie. By ontstentenis van weerlegging van die vermoede geskep in artikel 288 van Wet 56 van 1955 sou die appellant dan skuldig gewees het aan handeldryf in dagga, 'n misdryf waarvoor 5 jaar gevangenisstraf verpligtend is – en dit vir die skoffel van 13 daggaplantjies van haar man. Die howe het egter geen ander keuse as om uitvoering aan die bedoeling van die wetgewer, om die dagga-euwel met wortel en tak uit te roei, te gee nie. (Sien *S v Gibson* 1974 4 SA 478 (A)).

Totdat die wetgewer verpligte strawwe afgeskaf het, sal soortgelyke uitweë as in die onderhawige saak telkens gesoek word in 'n poging om die tragiese gevalle waarvan appèlregter Holmes in *S v Gibson* (supra) melding maak, nie onder die drastiese bepalings van die wet tuis te bring nie.

Hoewel die verklaring van die appellant in die onderhawige saak as 'n verontskuldigende verklaring wat geen bekentenis is nie (volgens *R v Hanger* 1928 AD 459) beskou kan word, mag dit egter op grond van die omringende omstandighede nogtans as 'n bekentenis aanvaar word soos in *S v January* 1975 3 SA 324 (T).

Vir die suiwere toepassing van die aanvaarde reëls van wetsuitleg moet egter in die bresse getree word.

J S BOONZAAIER
Kantoor van die Prokureur-Generaal, Grahamstad

S v NTULI 1975 1 SA 429 (A)

Noodweer - Wederregtelikheidsbewussyn - Nalatigheid

Hierdie beslissing kan as een van die belangrikste strafregtelike mylpale van die afgelope dekade beskou word. Nie alleen word riglyne neergelê by die oorskryding van noodweer nie, maar ook word die wederregtelikheidstoets en wederregtelikheidsbewussyn in oënskou geneem.

Alhoewel die punt nie dikwels in geskil geplaas word by misdade soos moord, aanranding, bloedskande, abduksie, verkragting en kinderdiefstal nie, is daar al by geleentheid skuldig bevind aan hierdie opsetmisdade sonder dat daar wederregtelikheidsbewussyn teenwoordig was (sien Van Rooyen 1974 *THRHR* 18 29). So word die beskuldigde in *Mokonto* 1971 2 SA 319 (A) aan moord skuldig bevind alhoewel hy waarskynlik vas geglo het dat hy in noodweer gehandel het, en is Boesmans skuldig bevind aan moord alhoewel hulle volgens hulle gemeenskapsopvatting regmatig opgetree het (*Kgau* 1958 2 SA 606 (SW); *Mukeiruib* 1938 SWA 4). In die onderhawige beslissing word wederregtelikheidsbewussyn egter pertinent as deel van opset beskou. So sê ar Holmes byvoorbeeld "(a)ssault is the intentional application of unlawful force to the person of a human being. For example, if A assaults B by striking him, this comprises–

(i) the unlawful application of force; and

(ii) the intention to do that unlawful act." (436–7)

en elders sê hy:

> "If A realises that he is using more force against B than is necessary, he is both applying force unlawfully and intending to do this (*dolus*); and he is then guilty of assault. Principles of self-defence no longer apply. Whether A realised that he was using excessive force is a question of fact, involving an enquiry into his state of mind" (437A).

In vroeëre beslissings is die houding ingeneem dat indien die redelike man in die omstandighede net soos die beskuldigde sou opgetree het, die beskuldigde wel in noodweer, en dus regmatig, opgetree het. Ook ar Holmes het in *Mokonto* (supra) die redelike man-toets aangewend as wederregtelikheidsmaatstaf. In die onderhawige beslissing word daar egter net gekyk of die beskuldigde in die omstandighede *redelik* opgetree het; van die redelike man word geen melding gemaak nie en daar word uitdruklik gesê dat die toets objektief is (436D). As gesag hiervoor word na *Goliath* 1972 3 SA 1 (A) verwys waar ar Rumpff die volgende sê:

> "By die toepassing van ons strafreg, in die gevalle wanneer die handeling van 'n beskuldigde volgens objektiewe standaarde beoordeel word, geld die beginsel dat aan die beskuldigde nooit hoër eise gestel word nie as wat redelik is en redelik beteken in hierdie verband dit wat van die gewone deursnee-mens in die besondere omstandighede verwag kan word" (25B).

'n Vraag is nou of 'n verwysing na die gewone deursnee-mens en na die besondere omstandighede nie dui op 'n verwarring met die redelike man-toets by nalatigheid nie. Aangesien arr Holmes en Rumpff beide in beginsel onderskei tussen skuld en wederregtelikheid, word hier aan die hand gedoen dat dit suiwerder sou gewees het om nie na die gewone deursnee-mens te verwys by die bepaling van wederregtelikheid nie; die gewone deursnee-mens herinner te veel aan die redelike man en bowendien is die deursnee-mens se gedrag nie noodwendig altyd objektief gesproke onbesproke nie. (Vir die onderskeid tussen die objektiewe redelikheidstoets en die redelike man-toets sien *Regal v African Superslate* 1963 1 SA 102 (A) 111–112.) Vir sover daar na die besondere omstandighede verwys word, word aan die hand gedoen dat dit eenvoudig die objektiewe feite is waarna gekyk word en dat dit nie die redelike man-toets hier inbring nie.

In die mate wat ar Holmes in die onderhawige geval na *Goliath* verwys, is daar dus tog 'n oorvleueling met die redelike man-toets by nalatigheid. Self praat hy egter net van redelikheid. Dat hy andersins onderskei tussen wederregtelikheid en skuld blyk ook duidelik uit sy uitspraak. Vir sover die ou benadering, waarvolgens 'n hof nie as leunstoel-beoordelaar moet optree by die bepaling van wederregtelikheid nie, hier deur ar Holmes herhaal word, is daar egter weer 'n oorvleueling met die toets vir skuld. Besondere faktore wat op die beskuldigde betrekking het, hoort by skuld tuis (vgl Stuart 1967 *SALJ* 121 128; *contra* Burchell & Hunt *SA Criminal Law and Procedure* (vol 1) 279).

By die oorskryding van noodweer is die benadering vroeër gevolg dat indien die oorskryding gering is, daar skuldig bevind moes word aan

strafbare manslag en indien die oorskryding grof is, 'n skuldigbevinding aan moord moes volg (*Mathlau* 1958 1 SA 350 (A); *Krull* 1959 3 SA 392 (A); *Mhlongo* 1960 4 SA 574 (A)). Hierdie benadering is deur die howe self as onlogies bestempel en het ook daartoe gelei dat strafbare manslag, by geringe oorskryding, omskryf is as die opsetlike doodslag van 'n menslike wese. In *Goliath* (supra) het ar Rumpff ook nog die mening uitgespreek dat die howe in die toekoms meer geredelik die "hybrid or middle situation" (dws waar opsetlike doodslag plaasvind maar waar daar 'n sg "partial excuse" teenwoordig is en aan strafbare manslag skuldig bevind word) sal aanvaar en so eerder, waar die feite dit regverdig, aan strafbare manslag sal skuldig bevind as om òf aan moord skuldig te bevind òf geheel en al onskuldig te bevind. In die onderhawige geval sê ar Holmes (437H) egter dat hierdie vroeëre beslissings met *Bernardus* 1965 3 SA 287 (A) (waar nalatigheid pertinent as vereiste by strafbare manslag gestel is) versoen moet word en dat, vir sover dit nie kan gebeur nie, hul *ratio* nie meer toepaslik is nie. Dat ar Holmes dan ook inderdaad die vroeëre benadering verwerp, blyk uit sy hele uitspraak: as daar oorskryding van noodweer is, word gekyk of dit nalatiglik of opsetlik plaasgevind het en opset sluit dan ook wederregtelikheidsbewyssyn in. Vind die oorskryding nalatiglik plaas, is dit strafbare manslag; vind dit opsetlik plaas, is dit moord. Hiermee word die sogenaamde hibriede gevalle nou heeltemal uitgeskakel en word die onsuiwere omskrywing van strafbare manslag, as synde ook opsetlike doodslag by geringe noodweeroorskryding, onnodig.

KOBUS VAN ROOYEN
Universiteit van Pretoria

A wrong called for revenge, and just as a child will kick a door by which it has been hurt, so ancient man took vengeance against inanimate objects and animals.

Barlow Vicarious Liability 6

Boeke

ADMINISTRATIEFREG

deur M WIECHERS

Butterworths Durban 1973; xi en 356 bl; prys R19,75 (hardeband); R15,75 (sagteband)

Hierdie werk is 'n geruime tyd gelede al deur die redakteur aan die resensent oorhandig om geresenseer te word. Die vertraging van die publikasie van hierdie resensie is aan die volgende omstandighede te wyte:

(a) Die resensent wou die boek eers minstens 'n jaar aan 'n Suid-Afrikaanse universiteit voorskryf en sodoende die waarde van die werk in die voorgraadse regsonderrig-situasie bepaal.

(b) Die resensent wou verder die waarde van die werk in die nagraadse regsonderrig-situasie bepaal.

(c) Laastens wou die resensent die waarde van die boek in die praktyk-situasie probeer bepaal.

Die eerste twee situasies het hul baie goed voorgedoen aan die RAU waar die werk nie alleen aan finale-jaar-LLB-studente voorgeskryf is nie maar waar daar gelukkig studente (LLM en LLD) was wat in die administratiefreg verder studeer het. Die laaste situasie het hom baie toevallig ook die afgelope jaar voorgedoen. Derhalwe kon die resensent na ongeveer agtien maande se daaglikse ondervinding met die werk 'n waardebepaling waag.

As daar ooit van 'n boek gesê kon word dat dit 'n baanbrekerswerk is, dan is dit van hierdie een. Dat dit in Afrikaans verskyn, maak dit 'n nog groter baanbrekerswerk. Mag die uitgewers dit goeddunk om die boek in Engels te laat vertaal – al sou dit *net* wees om die ontwikkelde en moderne siening oor die administratiefreg in Suid-Afrika oorsee bekend te stel!

Daar is een baie belangrike goue draad wat deur elke bladsy van die boek gevleg is, naamlik die *legaliteitsbeginsel*; 'n regsbeginsel wat bepaal dat 'n administratiewe handeling nie slegs binne die omvang van die verleende bevoegdhede en voorskrifte van die magtigende wet verrig moet word nie, *maar* ook in ooreenstemming met daardie reëls en voorskrifte van die gemene reg wat die bedoeling van die ideale wetgewer postuleer. Vir owerheidsingrypings *moet* daar 'n regsgrondslag wees. Hierdie *regsgrondslag* is van primêre belang by die beoordeling van *alle* staatsadministratiewe aktiwiteite. Daar is *geen* gebied waar die staatsadministrasie in verontagsaming van regsvoorskrifte willekeurig en vrymatig mag optree nie.

Hierdie legaliteitsbeginsel was een van Dicey se basiese uitgangspunte

en is vandag van net sulke – indien nie meer nie – kardinale belang as toe dit as basis van Dicey se *Rule of Law* gedien het. Die skrywer verklaar pertinent:

> "Die legaliteitsbeginsel as hoeksteen van die moderne administratiewe staat aanvaar owerheidsgesag *nie* as 'n feitelike magsposisie waarin owerheidsorgane geplaas is *nie*, maar as 'n totaal van *regsbevoegdhede* wat weliswaar in sekere opsigte wyer en ingrypender as privaatregtelike bevoegdhede van onderdane, maar in ander opsigte weer *regtens* aan groter beperkings en voorwaardes onderworpe is." (Bl 16 – my kursivering).

Bodin se *princeps legibus solutus* het die stryd verloor teen Knox, Buchanan, Coke en Bracton se *Rex non debet esse sub homine sed sub Deo et lege* en hierdie feit wat myns insiens as grondslag dien van die regstaatgedagte kan nooit genoeg beklemtoon word nie. Die keuse bly steeds dié (soos uiteengesit in die "Claim of Right" waarin beweer is dat James II die fundamentele beginsels van die staatsreg van Engeland verkrag het) tussen "a legal limited monarchy" en "an arbitrary Despotic Power."

Hierdie gedagte duik met reëlmaat op. Op bladsy 77 staan daar:

> "die regsgebondenheid van die administrasie in sy bevordering van die algemene belang en die erkenning en beskerming van indiwiduele regte en vryhede maak die inhoud uit van die legaliteitsbeginsel in die administratiefreg."

Daar blyk baie duidelik ook dat 'n volledige toepassing van die vermoedens van wetsuitleg – wat in die administratiefregtelike konteks *regreëls* is – in 'n hoë mate die materiële inhoud van die legaliteitsbeginsel bepaal. Ons is aan die skrywer dank en waardering verskuldig vir sy duidelike uiteensetting – en beklemtoning – van die vermoedens van wetsuitleg as materiële regsnorme uit ons gemene reg. Administratiewe optredes word nie bloot getoets aan formele wetmagtigheid nie maar ook aan hierdie norme – norme waarna deur die skrywer vroeër verwys is as die "vlees en bloed van die legaliteitsvereiste in die Administratiefreg" (1967 *THRHR* 324).

Dit is ook te verwelkom dat die skrywer heelwat aandag wy aan die administratiefregtelike verhouding – 'n verhouding waarvan 'n baie duidelike begrip 'n vereiste is vir die toepassing van die administratiefreg. In hierdie deel word delegasie van administratiewe bevoegdhede behandel. Hierdie onderwerp is van die uiterste belang vir alle openbare instellings en regverdig 'n werk op sy eie. Met die skrywer se verklaarde doel met die boek in gedagte, naamlik dat hy nie 'n volledige optekening van alle bestaande reëls met betrekking tot administratiewe organisasie beoog nie, is die behandeling van delegasie voldoende. Tog sou hierdie resensent wou sien dat hierdie aspek by 'n volgende uitgawe van die werk heelwat uitgebrei word.

Van veel praktiese nut is die skrywer se betoog dat om tussen die verskillende administratiewe *handelinge* (die skrywer verkies die woord "handedeling" bo "funksie") te onderskei 'n mens nie net formele maatstawwe moet toepas nie (organisasie, struktuur) maar ook na die optrede (funksie)-aspek moet kyk. Hierdie opvatting herinner sterk aan die "form" en "manner"-argument wat so sterk in die vroeë vyftigerjare met die *Harris*-sake na vore getree het en so oortuigend deur Cowen uiteengesit is. (*Parliamentary*

Sovereignty and the Entrenched Sections of the South Africa Act (1951) 7).

Dit is te verwelkom dat die skrywer dit pertinent stel dat die onderskeid tussen kwasi-judisiële en administratiewe handelinge onnodig is en uit ons reg geweer kan word; dat die reëls van natuurlike geregtigheid nagekom moet word in gevalle van beskikkings wat (a) die uitoefening van 'n diskresie behels en (b) bestaande regte, voorregte, bevoegdhede of vryhede beïnvloed. Hierdie opvatting van Wiechers het reeds in lande soos Indië, Nieu-Seeland en Groot-Brittanje sy kop uitgesteek. Die tendens is vandag duidelik na 'n toets of na oorweging van al die omstandighede van die geval, die geregsuitoefening op 'n billike en regverdige manier teenoor die betrokke party geskied het. (Sien in hierdie verband *R v Birmingham City Justice, Ex Parte Chris Foreign Foods (Wholesalers) Ltd* 1970 3 All ER 945; *R v Gaming Board for Great Britain, Ex Parte Benaim en Khaida* 1970 2 WLR 1009; *Bates v Lord Hailsham of St Marylebone* 1972 1 WLR 1373; *Furnell v Whangerei High School Board* 1973 2 WLR 92; en *Kraipak v Union of India* SC of India Writ Pet Nos 173-175 1967.)

> "Die nakoming van die reëls van natuurlike geregtigheid verseker dat die administratiewe orgaan sy behoorlike aandag aan die saak skenk. 'n Orgaan wat nie aan die belanghebbende die kans gee om sy saak voor te dra en op moontlike besware te antwoord nie, of wat bevooroordeeld is, kan sekerlik nie gesê word om sy aandag aan die saak te gee nie" (bl 237).

Volgens die skrywer kan gesê word dat die nakoming van die reëls van natuurlike geregtigheid verseker dat die administratiewe orgaan sy behoorlike aandag aan die saak skenk. Met hierdie siening van die skrywer wil ek my vereenselwig (sien 1968 *THRHR* 58-65).

Dit is te betwyfel of hierdie siening egter met dieselfde waardering ontvang en toegepas sal word in daardie gevalle waar die owerhede om doelmatigheidsredes daarop aandring dat 'n vrye diskresie soms verleen moet word en dat die reëls van natuurlike geregtigheid nie nagekom hoef te word nie. Ek dink hier aan 'n geval soos *SA Defence and Aid Fund v Minister of Justice* 1967 1 SA 31(A) wat die effek gehad het dat die administrasie in sekere gevalle in 'n regsvrye gebied optree en die uitsluitlike beoordelaar is van die feite en omstandighede waaronder daar opgetree mag word. Hoe dit ook al sy, die skrywer se behandeling van die reëls van natuurlike geregtigheid is die indringendste wat ek tot dusver onder oë gehad het, asook die oortuigendste.

Die turksvy of die vereiste van redelike gevolge van administratiewe handelinge 'n selfstandige vereiste is al dan nie, word kortliks tog baie kernagtig behandel en plaas die hele vraag in 'n baie mooi perspektief. Mag die volgende uitgawe van hierdie werk in die posisie wees om alle onsekerheid uit die weg te ruim.

Tereg verklaar Wiechers dat geregtelike kontrole die hoeksteen van enige demokratiese staatsinrigting is en dat ons howe met hul gemeenregtelike hersiening van administratiewe handelinge op 'n hoogs effektiewe en eenvoudige wyse die geldigheid van administratiewe handelinge kontroleer.

Die verskillende regsmiddels vir geregtelike kontrole van administra-

tiewe handeling asook die aard en omvang van die howe se kontrole word deeglik en logies uiteengesit en sal veral van groot praktiese waarde vir enige gedingvoerder wees.

Die skrywer skroom geensins om met die howe te verskil nie en sy argumente in hierdie verband word op 'n baie respekvolle dog sterk en oortuigende manier gestel. Sy bespreking van *Administrateur van Suidwes-Afrika v Pieters* 1973 1 SA 850 (A) en *SA Defence and Aid Fund v Minister of Justice* 1967 1 SA 263 (A) is goeie voorbeelde hiervan.

Taalkundig en tegnies is die werk besonder goed en netjies versorg.

Van die vele indrukke wat hierdie werk op my gehad het, is die hoofindrukke – om die woorde van JDB Mitchell te gebruik:

> "The restoration of law in government . . . There was inherent in the revolutionary settlement of 1688 the idea of a diarchy, a dual control of government by courts and Parliament. For a time that operated, but since the middle of the nineteenth century the control of law has steadily ceded ground to control by political means alone. The field of *opportunité* has expanded at the cost of the field of *legalité*. . . . It cannot be healthy that the law should have so little importance . . . (A) remedy can be found through law if that law is equally susceptible to the needs of the administration and to the rights and interests of the citizen and is thus capable of evolving the solutions which are demanded by the modern state" (1967 Cam LJ 46 59).

Hierdie boek *moet* op die boekrak van elke student, praktisyn en ondergeskikte wetgewer wees.

G N BARRIE
Senior Regsadviseur, Departement Buitelandse Sake

DIE SUID-AFRIKAANSE PERSONE- EN FAMILIEREG

deur P J J OLIVIER

Butterworths 1975; xxvii en 358 bl; prys R19,75 (hardeband); R15,25 (sagteband).

Die skrywer het hom ten doel gestel om 'n handboek vir hoofsaaklik eerstejaarstudente te skryf (kyk voorwoord). So 'n handboek moet myns insiens beantwoord aan 'n aantal besondere vereistes waarvan die belangrikste is:

(a) dat dit in duidelike en maklik verstaanbare taal geskryf moet wees;

(b) dat dit die positiewe reg suiwer en korrek moet weergee sonder om te diepsinnig te wees;

(c) dat die belangrike aspekte beklemtoon moet word sodat die onervare student maklik sy weg deur die stof kan vind.

Word die werk in die lig van bogenoemde vereistes beoordeel, kan in die algemeen gesê word dat die skrywer in sy doel geslaag het. Veral wat punt (b) betref, word in die algemeen die nodige diepte bereik. Hier en daar word verbasend baie aandag aan sekere aspekte bestee terwyl ander punte myns insiens te oppervlakkig bespreek word. Vgl bv die lang bespreking oor die regsposisie van slawe en sg *monstra* (bl 6-12) terwyl slegs 'n halwe bladsy gewy word aan die hele probleem waar 'n minderjarige hom

op 'n bedrieglike wyse as 'n meerderjarige voordoen en sodoende 'n derde beweeg om te kontrakteer (bl 79).

Wat punte (a) en (c) betref, is die werk minder geslaag. Geen poging is aangewend om die klem op beginsels, definisies ens te laat val nie en die werk slaag myns insiens nie daarin om die student deur die stof te lei nie. Die skryfstyl en taal is duidelik, maar die skrywer is baie onnoukeurig met sy formulering en maak sodoende baie foute soos later hierin aangetoon sal word.

Ten opsigte van die inhoud moet 'n aantal aspekte onder die aandag kom. Op bl 1 word 'n aantal definisies gegee waarteen beswaar gemaak moet word. Personereg word omskryf as "daardie deel van die privaatreg wat bepaal wie en wat regsubjekte is, en wat die juridiese status van die regsubjek is." 'n Belangrike deel van die personereg is die reëls met betrekking tot die ontstaan en beëindiging van die regsubjektiwiteit van die mens. Hierdie aspek van die personereg is egter nie in die definisie ingesluit nie, maar word wel in hoofstuk 2 bespreek.

Ook op bl 1 word die begrip "regsubjek" soos volg gedefinieer: "Regsubjek is dus enige entiteit wat as sodanig deur die reg erken word en waaraan die reg die besondere bevoegdheid verleen om regte en verpligtinge *te kan opdoen*." (My kursivering.) In die volgende sin word dan gesê 'n regsubjek ". . . is dus bevoeg om aan die regs- en handelsverkeer deel te neem." Hieruit moet afgelei word dat slegs persone of entiteite wat handelingsbevoeg is, regsubjekte is. Op bl 6 word egter gesê dat alle mense, afgesien van hulle hoedanighede, regsubjekte is, terwyl bv op bl 72 gesê word dat die *infans* volkome handelingsonbevoeg is. Dit wil gevolglik voorkom asof die standpunt wat op bl 1 ingeneem word, beteken dat bv die *infans* nie 'n regsubjek is nie. Dit is weer duidelik in stryd met wat op bl 6 asook op bl 50 gesê word, naamlik dat alle mense regsubjekte is.

Die foutiewe uitgangspunt op bl 1 is duidelik die oorsaak van die teenstrydighede. 'n Regsubjek is nie regsubjek omdat hy handelingsbevoeg is nie, maar omdat hy regsbevoeg is. Die skrywer aanvaar skynbaar die argumente van Van der Vyver en Van Zyl *Inleiding tot die Regswetenskap* 153 e v. Laasgenoemde skrywers werk egter met die onderskeid tussen handelingsbevoegdheid en sg selfhandelingsbevoegdheid en sê dan dat alhoewel alle regsubjekte nie selfhandelingsbevoeg is nie, almal handelingsbevoeg is. Hierdie onderskeid word egter nêrens in die onderhawige werk gemaak nie en kan nie sonder kommentaar gedeeltelik aanvaar word nie, omdat dit dan noodwendig lei tot teenstrydighede.

Vanaf bl 14 word die posisie van ongeborenes bespreek. Met die oog op die voorgestelde leserskring van die boek bevredig die bespreking nie in alle opsigte nie. Onder die opskrif "Potensiële eiendomsreg" word 'n lang bespreking gewy (bl 16-22) aan die geskiedenis en effek van art 33(1) van Wet 62 van 1955. Dié artikel handel oor die hof se bevoegdheid om toestemming te verleen tot die vervreemding of beswaring met 'n verband van onroerende eiendom waarin 'n ongeborene ingevolge 'n testament of ander stuk 'n belang het. Volgens art 33 van die wet word die ongeborene in so 'n geval beskou as 'n minderjarige *in esse*. Die probleme in hierdie

verband is myns insiens te lank en ingewikkeld geformuleer. Die gemiddelde eerstejaarstudent het 'n te vae indruk van die *fideicommissum* as regsfiguur om te veel te kan begryp van hierdie probleme.

Die vraag of die *nasciturus* as regsubjek erken behoort te word, word op 'n onverstaanbare wyse bespreek (kyk bl 28-30). Daar word op 'n kriptiese wyse verwys na standpunte wat elders duidelik geformuleer is, sien die verwysing na W A Joubert 1963 *THRHR* 294 e v in voetnoot 93 bl 29. Die hele gedagte dat die handeling en onregmatige gevolg by die onregmatige daad in tyd geskei kan wees, word skynbaar by die leser veronderstel. 'n Vergesogte veronderstelling as in gedagte gehou word dat die meeste lesers van die boek nog nie die verbintenisreg bestudeer het nie. Die skrywer kom ook nie tot 'n gevolgtrekking oor die vraag of die *nasciturus* as 'n regsubjek erken moet word nie en die hele posisie bly onbevredigend.

Die ervaring het geleer dat die begrip "status" as sentrale tema van die personereg vir die eerstejaarstudent gewoonlik moeilik verwerkbaar is. Hoofstuk 3 onder die opskrif "Status" kon myns insiens meer bygedra het tot 'n beter begrip van die statuskonsep. 'n Omskrywing van die statusbegrip ontbreek. Daar is verwysings na verskeie definisies van "status" maar vir 'n junior student is dit tog belangrik om minstens 'n bruikbare definisie van so 'n belangrike begrip te hê.

Wanneer 'n mens besig is met regsbegrippe is suiwerheid van formulering van die grootste belang. Bo-aan bl 50 is die volgende stelling: "Die status van 'n persoon word bepaal deur die omvang van sy bevoegdheid om die regshandeling aan te gaan." D w s 'n persoon se status word slegs deur sy handelingsbevoegdheid bepaal, maar net in die volgende paragraaf word gesê: "Die belangrikste privaatregtelike bevoegdhede wat die status van 'n persoon bepaal, is *regsbevoegdheid*, handelingsbevoegdheid *en verskyningsbevoegdheid*." (My kursivering.) Die tradisionele definisie van verskyningsbevoegdheid (bl 50) is nie heeltemal korrek nie. Hierdie is nie bloot die bevoegdheid om selfstandig as eiser of verweerder in die hof te kan optree nie, maar ook om selfstandig applikant te wees in 'n aansoek, ens. Die hoofstuk slaag in die geheel nie om die kerngedagtes met betrekking tot die begrip "status" suiwer weer te gee nie. Op bl 329 (hoofstuk 18) vind die leser byvoorbeeld die volgende definisie van status: "die somtotaal van kompetensiebevoegdhede." 'n Mens blaai nou tevergeefs terug na hoofstuk 3 vir 'n verdere verklaring van hierdie definisie. Die leser wat bloot op hierdie boek aangewys is, sal ook nie weet wat 'n kompetensiebevoegdheid is nie, want nêrens in die boek word dié begrip verklaar nie. (Terloops, in die register onder "status" word nie na bl 329 verwys nie.)

Hoofstuk 5 is getitel "Minderjarigheid." Dat die effek van ouderdom op die handelingsbevoegdheid van 'n mens vir die meeste eerstejaarstudente moeilik verstaanbaar is, behoef seker geen betoog nie. Die kern van die junior student se probleem in hierdie verband is dat 'n goeie begrip van die verbintenisreg van hom vereis word. 'n Mens verwag gevolglik in 'n handboek vir eerstejaarstudente 'n kort bespreking van die kernbegrippe van die verbintenisreg in die hoofstuk waar die handelingsbevoegdheid van die minderjarige bespreek word. Die skrywer gee egter 'n lang historiese oorsig

oor die posisie van die minderjarige (bl 62-71), maar laat dan na om die leser 'n kort oorsig te gee oor die basiese begrippe van die verbintenisreg.

Die algemene beginsel wat geld wanneer 'n *pupillus* sonder bystand van sy ouer of voog 'n kontrak sluit, word op bl 72 soos volg gestel: "Sluit hy die ooreenkoms sonder sodanige toestemming of samewerking, is hy nie daaraan gebonde nie, maar die teenparty (indien laasgenoemde 'n meerderjarige is) wel." Belangrik hier is dat die *pupillus* inderdaad gebonde is aan die kontrak. Daar bestaan immers 'n verbintenis ingevolge waarvan die *pupillus* gebonde is om te presteer. Die *pupillus* is egter nie aanspreeklik nie omdat die verbintenis ingevolge waarvan hy gebonde is om te presteer, nie afdwingbaar is nie, d w s 'n natuurlike verbintenis is.

'n Kontrak tussen 'n meerderjarige en 'n *pupillus* wat sonder die nodige bystand gehandel het, plaas die meerderjarige in 'n swak posisie omdat hy gebonde en aanspreeklik is op grond van die kontrak, terwyl die *pupillus* nie aanspreeklik is nie. Dit is gebruiklik om hier die verskillende remedies wat tot die beskikking van die meerderjarige is, te bespreek. Die skrywer behandel die volgende as "remedies" vir die meerderjarige:

1 "Verrykingsaanspreeklikheid van die minderjarige";
2 "Estoppel teen die minderjarige";
3 "Die *exceptio non adimpleti contractus*";
4 "Ratifikasie deur die eertydse minderjarige";
5 "Bystand en toestemming deur die ouer of voog";
6 "Bevoegdhede deur wetgewing verleen";
7 "Die gehude minderjarige";
8 "Verklaring tot meerderjarige"; en
9 "Geëmansipeerde minderjariges".

Dit is nie vir my duidelik hoe al 9 bogenoemde onderwerpe as "remedies" van die meerderjarige beskou kan word nie. Die wyses van beeindiging van minderjarigheid (punte 7-9) asook die uitbreiding van 'n *pupillus* se bevoegdhede deur die wetgewer (punt 6) kan tog nie as remedies vir die meerderjarige aangemerk word nie. Moontlike remedies vir die meerderjarige wat nie bespreek word nie is die moontlikheid van saakwaarneming en borgtog. Indien 'n derde die aanspreeklikheid van die minderjarige sou borg, kan die meerderjarige die derde aanspreek.

Dit is jammer dat die beslissing in *Ex parte Van den Hever* 1969 3 SA 96(E) nie in die gedeelte oor die geëmansipeerde minderjarige bespreek word nie. Die rigting in dié beslissing ingeslaan oor die emansipasie van 'n minderjarige deur die hof as oppervoog is belangrik en verdien vermelding. Dit kom eienaardig voor dat onder die opskrif "Geëmansipeerde Minderjarige" daar ook 'n bespreking is van die testeerbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid van die minderjarige, kyk bl 86-88. Nêrens in hoofstuk 5 word noukeurig onderskei tussen *infantes* en *pupilli* nie. Die term "minderjarige" word feitlik deurgaans gebruik. Die begrip "minderjarige" sluit egter *infantes* en *pupilli* in en skep sodoende verwarring. Die effek van ouderdom op 'n persoon se bevoegdheid om saaklike en skulddelgende ooreenkomste aan te gaan, word nie behandel nie. Sien in dié verband M F B Reinecke 1964 *THRHR* 133.

In hoofstuk 6 word verstandelike onvermoë bespreek en ek vind dit jammer dat die Wet op Geestesgesondheid 18 van 1973 nie bespreek is in plaas van die Wet op Geestesgebreken 38 van 1916 nie. Gewysdes en wetgewing is bygewerk tot Julie 1974 (voorwoord). Op bl 100 word ook verwys na die nuwe wet wat intussen op 22 Maart 1975 in werking getree het.

By die bespreking op bl 116 van die effek van 'n man se maritale mag op sy vrou se handelingsbevoegdheid word o a verklaar: "In hierdie gevalle is die algemene beginsel dat die vrou handelingsonbevoegd is. Sy mag nie selfstandig kontrakte van welke aard ook al aangaan nie." Dié stelling is verkeerd. Die vrou is beperk handelingsbevoegd want 'n mens kan nie handelingsonbevoeg wees en nogtans sekere regshandelinge geldiglik verrig nie. Die vrou onder haar man se maritale mag kan inderdaad 'n hele aantal geldige regshandelinge verrig.

Op bl 120 word die posisie bespreek wanneer 'n getroude vrou huishoudelike benodigdhede aankoop nadat die gemeenskaplike huishouding weens die skuld van die man opgehou het om te bestaan. In dié verband word onder andere gesê: ". . . as die vrou nou noodsaaklikhede aankoop tree *sy* op as saakwaarnemer van die man en daarom is hy gebonde." (My kursivering.) As gesag vir dié stelling word gesteun op Hahlo *South African Law of Husband and Wife* (3e uitg) 164 en 171. Die punt hier is dat dit die handelaar is wat optree as saakwaarnemer vir die man, nie die vrou nie. Dit is die handelaar wat eis en die argument is dat hy die man se onderhoudsplig namens hom nagekom het en gevolglik kan slaag met sy eis, vgl byvoorbeeld Neethling 1970 *THRHR* 280.

Op bl 122-123 word die sogenaamde subjektiewe en objektiewe benaderings bespreek waarvolgens bepaal moet word of die man in 'n bepaalde geval aanspreeklik is as die vrou huishoudelike benodigdhede gekoop het, (alhoewel die skrywer nie dié terminologie gebruik nie). Hierdie benaderings word nie in verband gebring met die geval waar 'n man deur middel van 'n kennisgewing aan derdes probeer om sy vrou haar bevoegdheid om huishoudelike benodigdhede te koop, te ontneem nie. Ook ontbreek 'n kritiese evaluering van die onderskeie benaderings. Vir 'n eerstejaarstudent sal die positiewe reg myns insiens versteek wees in hierdie bespreking. Die probleme wat in hierdie verband ontstaan, word nie vir die student opgelos nie.

Vanaf bl 149 word: "Die belangrikste statutêre beperkings op die status van nie-blankes . . . kortliks aangeraak." Die beperkinge wat bespreek word, geld egter ook teenoor blankes, byvoorbeeld die verbod op gemengde huwelike, die Wet op Groepsgebiede 41 van 1950, ens.

Die tweede deel van die boek handel oor die familiereg en sonder om te veel op besonderhede te let, moet die aandag op enkele aspekte gevestig word.

In die bespreking oor die berekening van skadevergoeding in 'n aksie weens troubreuk word op bl 183-184 verwys na *Guggenheim v Rosenbaum* 1961 4 SA 21(W). Op bl 184 word gesê dat die hof in die saak 'n bedrag vir reiskoste terug na New York aan die eiseres toegestaan het. Die hof het egter die eis onder dié hoof laat faal, vgl bl 40 van die verslag. Die hele bespreking van die berekening van skadevergoeding by die verbreking

van 'n verlowingskontrak bevredig nie. Pas die howe die beginsel van positiewe of negatiewe interesse toe? Behoort voorkeur verleen te word aan die een of ander van hierdie beginsels? Wat is die posisie in die positiewe reg? Die eerstejaarstudent wat hierdie gedeelte van die boek bestudeer het, sal nie antwoorde op sy vrae vind nie.

Die effek van die afwesigheid van die vereiste ouerlike toestemming op die huwelik van 'n minderjarige word op bl 196 en volgende bespreek. Die bespreking sou myns insiens vollediger gewees het indien 'n verwysing na A D J van Rensburg se aantekening in 1969 *THRHR* 74 daarby ingesluit was.

Die volgende stelling kom voor op bl 200: "Waar die Minister moet toestem tot die huwelik van 'n seun onder 18 of 'n dogter onder 15 jaar, en dit nie gedoen het nie, is die huwelik nie nietig nie, maar slegs vernietigbaar, want die Minister kan dit ratifiseer in terme van art 26(2) van die Huwelikswet, nr 25 van 1961." In die wet word die begrip "ratifikasie" nie in hierdie verband gebruik nie. Art 26(2) bepaal o a dat die minister skriftelik kan gelas dat "dit vir alle doeleindes 'n geldige huwelik is." Die bedoeling van die wetgewer is myns insiens duidelik dat afwesigheid van die minister se toestemming in hierdie gevalle nietigheid van die huwelik tot gevolg het. Die minister het egter die statutêre bevoegdheid om, as aan alle ander vereistes vir 'n geldige huwelik voldoen is, *ex post facto* die huwelik skriftelik geldig te verklaar, kyk art 26(2) en Hahlo *SA Law of Husband and Wife* 84 en die gesag daar aangehaal.

Op bl 254 word die volgende stelling gemaak: "Wat ons regspraak betref, is dit die duidelike standpunt dat die gemeenskaplike boedel aanspreeklik is vir die deliktuele skulde van die man en die vrou; dat die remedie van *boedelscheiding* nie meer by ons bestaan nie; . . ." Vir die laaste stelling word gesteun op *Opperman v Opperman* 1962 3 SA 40(N). Hierdie beslissing is egter nie gesag vir die stelling dat boedelskeiding as remedie nie meer by ons bestaan nie, maar slegs dat die remedie nie van toepassing is in die geval waar een van die gades tot 'n huwelik binne gemeenskap van goed 'n delik gepleeg het nie.

Op bl 255 word gepraat van: "Die vrou se werkgewer . . . eis die gestole bedrag van die gemeenskaplike boedel," en verder "Regter Caney beslis . . . dat die gemeenskaplike boedel aanspreeklik is vir die deliktuele skulde van die man en die vrou." Dit is kennelik foutief. 'n Boedel is geen regspersoon nie en kan daarom nie aanspreeklik wees of 'n eiser of verweerder wees nie.

Die stelling op bl 260 dat wanneer gades buite gemeenskap van goed getroud is ". . . mag die een die ander aanspreek op grond van onregmatige daad" is te wyd om korrek te wees. Die *actio iniuriarum* is waarskynlik nie beskikbaar vir persone getroud buite gemeenskap van goed nie, sien bv *C v C* 1958 3 SA 574 (SR).

'n Groot gebrek by die bespreking van egskeiding op grond van owerspel sowel as op grond van kwaadwillige verlating is die weglating van die belangrike beslissing in *Peila v Peila* 1972 1 SA 399(A). In hierdie beslissing is die kwessie van die skuld van die partye by 'n egskeidingsgeding grondig

deur die appèlhof ondersoek. Ingevolge die beslissing is die howe bevoeg om in 'n aksie om egskeiding op grond van sowel owerspel as kwaadwillige verlating die skuld van die eiser op te weeg teen die skuld van die verweerder sodat die owerspel van die eiser in 'n aksie gebaseer op die kwaadwillige verlating van die verweerder in dieselfde lig beskou word as wanneer die eis gebaseer is op owerspel gepleeg deur die verweerder. Ingevolge die beslissing kan die kwaadwillige verlating deur die eiser gevolglik 'n voldoende verweer wees teen 'n aksie om egskeiding op grond van owerspel.

Die laaste hoofstuk in die boek en ook die laaste hoofstuk in die gedeelte oor die familiereg is getitel: "Afkoms: Wettige of Onwettige Geboorte." Dit val eienaardig op dat die skrywer hierdie onderwerp as deel van die familiereg beskou, veral ook waar hy op bl 329 verklaar: "Aangesien die onwettige kind egter aan 'n hele aantal personeregtelike beperkings onderhewig is, word die aangeleentheid hier behandel." Tradisioneel word wettigheid van geboorte as 'n statusbepalende faktor beskou en gevolglik as deel van die personereg behandel. Die skrywer is egter van mening dat wettigheid nie 'n statusaangeleentheid is nie, kyk bl 329. Waarom die betrokke personeregtelike beperkings nie 'n persoon se status affekteer nie, blyk nie duidelik nie.

Die bespreking van die wettiging van 'n owerspelige kind deur die daaropvolgende huwelik van sy ouers bevat geen verwysing na die talle *obiter dicta* (ook van die appèlhof) waarin die rigting ingeslaan in *Ex parte J* 1951 1 SA 665(0) eenvoudig aanvaar is nie. Vir verdere verwysings in dié verband, kyk F A de Villiers 1970 *SALJ* 98. Dit is vandag waarskynlik alomaanvaarde reg dat die owerspelige kind deur die daaropvolgende huwelik van sy ouers gewettig word.

Ten opsigte van die vraag of 'n bloedskendige kind gewettig kan word deur die daaropvolgende huwelik van sy ouers, word op bl 337 gesê dat die vraag normaalweg nie ter sprake sal kom nie en dan word voorts verklaar: "In uitsonderingsgevalle kan 'n opvolgende huwelik tog wel plaasvind, bv waar 'n man 'n kind verwek by sy vrou se suster, en sy vrou sterf later sodat hy met sy gewese skoonsuster kan trou . . ." In hierdie omstandighede is daar nie bloedskande nie. 'n Bloedskendige kind is 'n kind "gebore van ouers wat ten tyde van verwekking van die kind onbevoeg was om met mekaar in die huwelik te tree op grond van te noue verwantskap" (bl 328). Na die ontbinding van sy huwelik mag 'n man met sy voormalige skoonsuster trou. Die kind in die voorbeeld is derhalwe 'n owerspelige kind en nie 'n bloedskendige kind nie. Die uitsonderingsgeval wat bedoel word, is waarskynlik indien 'n man voor die inwerkingtreding van die Huwelikswet 25 van 1961 'n kind by sy skoonsuster verwek het en na die inwerkingtreding van die wet met haar trou.

Dit is jammer dat 'n hoofstuk oor die verhouding tussen ouers en kinders nie in die boek ingesluit is nie. Tradisioneel is die sogenaamde ouerlike gesagsreg deel van die leerplan vir eerstejaarstudente, veral by die Afrikaanssprekende universiteite. Daar is in ieder geval 'n behoefte aan 'n kort samevattende uiteensetting van die regsreëls op hierdie gebied.

Die tegniese versorging van die boek skep in 'n mate die indruk dat dit baie haastig gedoen is en heelwat foute kom gevolglik voor. Foute word bv in aanhalings gemaak, vgl o a die aanhaling uit Hahlo *SA Law of Husband and Wife* 438 boaan bl 304; die aanhaling uit art 272(1) van die Strafproseswet 56 van 1955 op bl 31 en die woord "article" in die aanhaling op bl 42 wat met 'n hoofletter geskryf moet gewees het.

Inkonsekwenthede kom dikwels voor in die voetnote. Vgl bv voetnoot 9 en 10 bl 138, voetnoot 4 en 5 bl 161, voetnoot 57 bl 186 en voetnoot 64 bl 187.

'n Lastige leemte is die feit dat daar nie 'n bibliografie en 'n lys van afkortings ingesluit is nie. Probleme ontstaan as gevolg van die gebrek. Kyk bv voetnoot 81 op bl 82: "Sien Hahlo en Kahn a w bl . . ." Hahlo en Kahn het twee boeke geskryf en dit is nie duidelik na watter een van die twee hier verwys word nie.

Drukfoute en spelfoute is redelik beperk. Op bl 18 is "weereens" foutiewelik aanmekaar geskryf; bl 189 verwys na art 3 i p v art 13 van die Politieke Ordonnansie van 1580, ens.

Laastens wil ek wys op die hinderlike gebruik van die woord "naturelle" op bl 167. Art 100 van die Wysigingswet op Bantoewetgewing 42 van 1964 vervang die woord "Naturel" in alle vroeëre wette deur die woord "Bantoe."

A H BARNARD
Universiteit van Suid-Afrika

NUUSBRIEF – DIE SUID-AFRIKAANSE INSTITUUT VAN PATENTAGENTE
PRETORIA NO 1 JULIE 1975

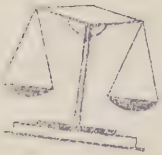
Hoewel beskeie van formaat en beperk in sy oogmerke, is die verskyning van die eerste nommer van die *Nuusbrief* van die Suid-Afrikaanse Instituut van Patentagente van meer as verbygaande belang. Volgens die redaksiekomitee sal die *Nuusbrief* vier soorte "nuus" bevat: Formele nuus (bv kennisgewings), professionele nuus (bv nuwe ontwikkelinge op die gebied van die immaterieelgoederereg), administratiewe nuus (bv nuwe beleidsrigtings in dié staatsdepartemente waarmee lede van die instituut nou moet saamwerk) en sosiale nuus.

Afgesien van sosiale nuus en berigte van formele en administratiewe aard, bevat hierdie eerste nommer ook 'n aantal ander interessante bydraes. D Sheppard skryf kort aantekeninge oor buitelandse reg: die patentpraktisyn is miskien meer as enige ander regspraktisyn voortdurend gemoeid met die reg van ander lande. CG Ratray bespreek 'n aantal onlangse beslissings. Uit hierdie en ander bydraes blyk weer eens die bestaan van 'n uiters onbevredigende toestand: talle belangrike beslissings op die gebied van die patent- en handelsmerkereg word eenvoudig nêrens gerapporteer nie. GC Webster bespreek na aanleiding van 'n onlangse beslissing die onderlinge verband en samehang van handelsmerk, outeursreg en industriële ontwerpe. Dr JR Steyn skryf oor die belangrike en aktuele vraag van sogenaamde seleksie-patente.

Die Suid-Afrikaanse Instituut van Patentagente moet gelukgewens word met hul inisiatief. Die gehalte van die bydraes in hierdie eerste nommer dui daarop dat hierdie blad mettertyd kan groei tot 'n belangrike publikasie-medium vir 'n gebied van die reg wat in bestaande regstydskrifte miskien nie altyd genoegsame ruimte vind nie.

—HJ ERASMUS, *Universiteit van Suid-Afrika*

WERKSBIBLIOTEEK
FAKULTEIT REGSGELEERDHEID
DATUM



Strafreg

Derde Uitgawe
deur JC DE WET LLD (Stell) LLD (Leiden) LLD honoris causa (Kaapstad) LLD honoris causa (RAU) en
HL SWANEPOEL LLD (Stell)
in lewe professor aan die Potchefstroomse Universiteit vir CHO

Na nagenoeg veertien jaar is daar 'n nuwe uitgawe van STRAFREG gepubliseer. Hierdie werk het 'n sterk invloed op die strafregpleging hier te lande uitgeoefen. Opvattings wat by die eerste verskyning van hierdie werk in 1949 byna as kettery beskou is, is geleidelik in die regspleging aanvaar, en baie van die opvattings waaroor daar sterk polemiek gevoer is, word vandag as „communis opinio" beskou. Die werk bly nietemin nog 'n kritiese beskouing van ons strafregpraktyk, eerder as 'n bloot lydelike skets van die reg „soos dit is". Weens die oorlyde van professor Swanepoel is die derde uitgawe bewerk deur professor JC de Wet alleen.

Resensies oor tweede uitgawe:
„Enige land kan trots wees op 'n wetenskaplike werk oor die STRAFREG van hierdie gehalte. Dit is dan ook die enigste werklike wetenskaplike handboek oor die strafreg in Suid-Afrika".
—*Tydskrif vir HRHR*

"The second edition of STRAFREG is a valuable treatise for it provides student and practitioner alike with the benefit of the tremendous amount of research, energy and thought which the learned authors have obviously devoted to its preparation . . . it is an erudite and stimulating exposition which attains a high standard of jurisprudential analysis.
—*SA Law Journal*

462 bladsye

Prys: Hardeband R21,75 (+25c afleweringskoste)
Slapband R17,25 (+15c afleweringskoste)

Butterworths

Posbus 792 Durban 4000